



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**ICPD/CESAPE**  
**Pós-Graduação *Lato Sensu***

Os Efeitos Concorrenciais da Problemática do Controle nas Empresas Prestadoras de  
Telecomunicações no Brasil.

**KELY RODRIGUES DOS SANTOS**

**BRASÍLIA**  
**2006**

**KELY RODRIGUES DOS SANTOS**

**Os Efeitos Concorrenciais da Problemática do Controle nas Empresas  
Prestadoras de Telecomunicações no Brasil.**

Projeto de Pesquisa para elaboração de monografia jurídica a ser apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Roberto Pfeiffer

**BRASÍLIA**

**2006**

**KELY RODRIGUES DOS SANTOS**

**Os Efeitos Concorrenciais da Problemática do Controle nas Empresas  
Prestadoras de Telecomunicações no Brasil.**

Projeto de Pesquisa para elaboração de monografia jurídica a ser apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Roberto Pfeiffer

Brasília, Junho de 2006.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estabelecer uma análise crítica acerca dos conflitos que vêm sendo gerados entre empresas prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil, tendo em vista a aplicação, pelo Órgão Regulador, a Anatel, de norma editada pela Agência e que trata sobre a questão de controle. O conflito tem início a partir da edição da Resolução nº 101/99, “Regulamento para Apuração de Controle de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações”. Tal Resolução trouxe sentido ao vocábulo “controle” totalmente diverso do já existente na legislação pátria, previamente estabelecido pela Lei das Sociedades Anônimas, sendo a causa de diversos conflitos regulatórios e judiciais entre empresas, e entre empresas e a Anatel. O que se propõe é discutir a aplicação do modelo de controle estabelecido pela Resolução nº 101/99, analisando os aspectos da aplicação prática deste modelo, para que possamos verificar os efeitos anticoncorrenciais advindos da aplicação irrestrita da norma pela Agência Reguladora.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1. Breve Histórico acerca da Criação das Agências Reguladoras.....</b>	<b>10</b>
3.1 A Evolução do Estado – Desenvolvimento e Adequação do Pensamento Liberal.....	10
1.2 A criação das Agências Reguladoras no Brasil.....	13
1.3 A criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.....	15
1.4 As atribuições previstas na Lei Geral de Telecomunicações.....	17
<b>CAPÍTULO 2. Regulação no Mercado de Telecomunicações.....</b>	<b>20</b>
2.1 Livre Concorrência.....	21
2.2 As falhas de Mercado.....	23
2.3 Informação Assimétrica.....	23
2.4 Moral Hazard.....	25
2.5 Seleção Adversa.....	26
2.6 O Problema da Relação Agente-Principal.....	28
<b>CAPÍTULO 3. Definições de controle no Direito Brasileiro.....</b>	<b>30</b>
3.1 Controle nas Sociedades Anônimas.....	30
3.2 Controle no Direito Antitruste.....	34
3.3 Controle na Regulamentação de Telecomunicações.....	37
3.4 Competência Normativa da Anatel.....	38
3.5 A Resolução nº 101/1999 criada pela Anatel.....	42
3.6 Controle e promoção da Concorrência.....	48
3.7 Indícios da Existência de Controle.....	51
3.8 Controle e Coligação.....	54
<b>CAPÍTULO 4. A aplicação da Resolução nº 101/99 no caso da Licitação nº 002/2004 – Anatel.....</b>	<b>57</b>
4.1 O Certame e suas minúcias.....	57
4.2 Da suposta relação de controle da Embratel sobre a Telos – Crítica ao posicionamento da Anatel.....	61
4.3 Breve resumo dos fatos posteriores.....	67
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

A tarefa de elaborar um trabalho jurídico, especialmente para um curso de especialização, torna-se complexa desde a escolha do tema. Isto porque quando falamos em desenvolver qualquer estudo, seja qual for a área do Direito, nos impressionamos com a abrangência de cada tema, e como este ou aquele trabalho poderia ser aperfeiçoado e criticado.

Não é tarefa simples, destarte, tratar de um tema tão específico, e ao mesmo tempo dotado de tantas variações, como é caso da definição de controle para o Direito da Regulação. Ao inserir tal afirmação na apresentação do tema do presente projeto, busca-se deixar claro desde já que o ordenamento jurídico brasileiro tem se deparado com inúmeros problemas advindos do poder normativo que detêm as Agências Reguladoras, e os conflitos gerados entre o Direito da Regulação e as demais áreas do Direito.

Ao observar as mais diversas e relevantes questões acerca do tema proposto, verifica-se enorme dificuldade em fazer um trabalho que esgote todas as dúvidas e solucione todas as divergências enraizadas neste assunto. Deste modo, buscaremos abordar os aspectos mais importantes no que tange ao controle nas empresas de telecomunicações no Brasil, buscando demonstrar os aspectos do problema e colaborar para que se alcance a melhor solução aplicável.

Destaque-se que, quando falamos em “melhor solução”, provavelmente não encontraremos a melhor solução para todos os que serão atingidos por esta ou aquela norma, mas sim uma solução que seja o mais justa possível, e dotada de total aplicabilidade. Aqui, pede-se vênica para traçar um paralelo com o que nos ensina MAQUIAVEL, importante e conhecido autor florentino, em sua obra “O Príncipe”.

Nicolau Maquiavel<sup>1</sup> (1512, pp. 47-50), ao analisar as formas de poder e os meios para mantê-los, conclui que os príncipes não devem tentar reunir todas as qualidades consideradas boas, mas se concentrar em absorver aquelas que lhe garantam a manutenção do Estado.

Assim, sendo o Direito ciência sempre em evolução e obra inacabada, podemos afirmar que não há lei, resolução, ou qualquer tipo de norma, que assegure a consecução de todos os objetivos por elas contemplados. Guardadas as devidas proporções, podemos afirmar que as normas estão para o Direito, assim como os Príncipes, segundo Maquiavel, estão para seus súditos: ainda que não seja possível preencher todas as lacunas deixadas pelas leis (e assim agradar a todos), deve-se continuar a busca pela garantia da segurança jurídica e a luta contra o abuso de poder (e assim alcançar a manutenção do Estado).

Deste modo, objetiva-se com o presente trabalho estabelecer uma análise crítica acerca do conflito estabelecido quanto ao conceito de controle para o Direito Regulatório, especialmente no que concerne às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

O que se propõe é identificar os vários conceitos de controle, vocábulo dotado de inúmeros significados e imprecisões, em seus diversos campos de aplicação para, ao fim, verificados os paradigmas advindos deste conceito em vários ramos do Direito, definir qual a noção de controle mais adequada para o Direito da Regulação.

---

<sup>1</sup> Destaque-se que Maquiavel escreveu "O Príncipe", uma espécie de manual sobre a arte de governar inspirado no estilo político de César Borgia, filho do Papa Alexandre IV, que ocupou o cargo de Capitão da Igreja Católica e usava o seu poder para benefício próprio e de sua família. Em sua obra, Maquiavel expõe um sistema político, caracterizado pelo princípio amoralista de que os fins justificam os meios.

Inicialmente será elaborado um breve histórico acerca da criação das agências reguladoras no Brasil. Para tanto, traçaremos breves linhas acerca da evolução do pensamento econômico, com ênfase no surgimento do liberalismo, período no qual se assistiu a um intenso processo de monopolização de mercados e de acumulação de capitais, que culminou com a constatação de que o Estado deveria passar a intervir na economia de forma mais adaptada à nova realidade econômica.

Acompanhando esta idéia, trataremos da criação das agências reguladoras no país, onde especial atenção será dedicada à criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, bem como às principais atribuições da Agência definidas na lei que a criou. A idéia é demonstrar historicamente os motivos que levaram o Estado Brasileiro a privatizar os serviços de telecomunicações, e as obrigações que foram transferidas ao órgão regulador.

Após, será trazido o princípio constitucional da livre concorrência, no intuito de deixar vincado ser este um dos princípios norteadores das decisões da Anatel no âmbito do setor de telecomunicações, ainda que exista no Brasil órgão específico responsável pela preservação da concorrência, qual seja, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Para demonstrar algumas das dificuldades enfrentadas pela Agência no cumprimento do seu papel enquanto órgão regulador, traremos alguns comentários acerca das principais falhas de mercado, demonstrando como tais falhas são capazes de influenciar a tomada de decisões por parte da Anatel.

Buscaremos ainda apresentar as variações sobre o tema “controle” no Direito Brasileiro, identificando as diversas áreas nas quais o tema é discutido, demonstrando como a noção de controle pode variar dependendo do seu campo de atuação.



Também será necessário analisar os conceitos de controle contido na Lei das Sociedades Anônimas, e na Resolução 101/99 da Anatel, buscando verificar a conformidade entre os princípios jurídicos contidos naquela norma, bem como sua aplicabilidade.

Para demonstrar o fato gerador do conflito que se estabeleceu acerca do controle nas empresas de telecomunicações, iremos mapear, além da Resolução 101/99, todas as normas da Anatel que tratam do tema, e estudar sua fundamentação.

Para demonstrar os conflitos gerados pela Resolução, desde sua gênese, traremos diversas manifestações de juristas atuantes na área de telecomunicações efetuadas à época da edição da Consulta Pública que submeteu à comentários os texto da norma. Tais manifestações foram obtidas junto à Anatel, que mantém disponível ao público em geral todos os comentários aos textos de consultas públicas que posteriormente se transformaram em instrumentos normativos.

Iremos também verificar como as decisões da Anatel acerca de controle no âmbito das telecomunicações são capazes de gerar sérios danos à concorrência no Brasil, comprometendo demasiadamente a segurança jurídica a que os administrados têm direito, e gerando instabilidade no mercado.

## **1. Breve Histórico acerca da Criação das Agências Reguladoras**

### **1.1. A Evolução do Estado – Desenvolvimento e Adequação do Pensamento Liberal**

O período histórico datado de 1613 a 1767 foi marcado pela intervenção ativa do Estado no domínio econômico que, buscando a auto-suficiência econômica, o fortalecimento da economia nacional e acumulação de riquezas, cercava-se de um conjunto de princípios e políticas desenvolvido para assegurar estes ganhos. Esta forma de organização de Estado era conhecida como mercantilismo. Algumas figuras importantes do mercantilismo foram Jean Bodin e o comerciante inglês Thomas Mun (HOLANDA, 2003, p. 148).

Em meados do século XVIII, com as profundas transformações ocorridas na história mundial, surge a idéia de liberalismo, nutrida da necessidade de formação de organizações econômicas sem que o Estado autoritário pudesse ditar regras. Importantes acontecimentos que contribuíram para a criação do Estado liberal foram a Independência Americana de 1776, a Revolução Francesa de 1789, a Revolução Industrial, a expansão do capitalismo e a consolidação dos grandes Estados nacionais.

O modelo de Estado liberal estabeleceu uma nova concepção da relação Estado-sociedade, delineada pelos princípios do pensamento iluminista do século XVIII. Acompanhando este pensamento econômico o liberalismo surge como filosofia política, sustentada na idéia de que as relações do indivíduo perante o Estado deveriam ser vistas pelo ângulo da liberdade do indivíduo como bem maior a ser preservado. Neste contexto histórico surgiram duas importantes escolas: a Escola Fisiocrata (francesa) e a Escola Clássica (inglesa), as quais se desenvolveram na segunda metade do século XVIII (HOLANDA, 2003, p. 149).

François Quesnay foi o grande líder da Escola dos Fisiocratas. Quesnay, um obstinado defensor do liberalismo, sustentava que as atividades econômicas não deveriam ser excessivamente regulamentadas e tampouco coordenadas por aquilo que chamava de “forças exteriores antinaturais”. É de Quesnay a tão famosa expressão “*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui même*”, grito de guerra da burguesia liberal.<sup>2</sup>

O primado da Escola Clássica teve seu início com a publicação do *Wealth of Nations* em 1776 pelo escocês Adam Smith, fundador da Escola Clássica. Smith foi influenciado pela Escola Fisiocrata, sendo que o centro de seu sistema econômico era o indivíduo e a base de sua doutrina a lei natural. De acordo com seu pensamento deve existir uma ordem natural decorrente da própria natureza, que possa ser apreendido pelo senso moral dos homens. Sendo assim, para que a ordem humana não fosse perturbada pela intervenção estatal, os indivíduos deveriam se organizar economicamente dentro dos limites da sua própria razão e ética.

Entretanto, com o surgimento do Estado Liberal, surgiu também um danoso processo de monopolização de mercados e de acumulação de capitais, resultando na eliminação das pequenas empresas e no domínio das mais fortes<sup>3</sup> Contribuíram para o aparecimento destes monopólios a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918) e a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), e também a quebra da Bolsa de Valores de Nova York (1929). Esta situação de liberdade econômica quase absoluta, que pressupunha condições ideais de igualdade, equilíbrio e competição, revelou-se imperfeita.

---

<sup>2</sup> Embora a maioria dos estudiosos tenha dado maior ênfase ao lado liberal do pensamento fisiocrático, o *laissez faire* de François Quesnay, não deixa de reconhecer a importância do papel do Estado no desenvolvimento da sociedade. Cf. KUNTZ, Rolf. François Quesnay: Economia. São Paulo: Ática, 1984, p. 72.

<sup>3</sup> Karl Marx que em 1848, juntamente com Friedrich Engels, elaborou o famoso Manifesto do Partido Comunista, concluiu à partir de sua formulação de interpretação econômica da história, que a própria história se caracteriza pela continuada luta de classes, que nunca se esgota, apenas assume novas formas; o surgimento de uma nova classe não é capaz de abolir os antagonismos existentes, mas somente substituir novas classes e novas condições de opressão. Na formulação de sua teoria Marx se baseou no método dialético de Hegel, que pode ser assim resumido: toda realidade viva-física ou social passa por um processo evolutivo de nascimento, decadência e morte. Tudo traz dentro de si o germe de sua própria destruição. Mas dessa destruição renasce uma vida nova, como a fênix imaginária dos antigos. Cf. HOLANDA, Nilson. Introdução à Economia: da teoria à prática e da visão micro à macrospectiva. 8 Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p 164.

Somente o Estado organizado, no dizer de John M. Keynes, construtor do que hoje chamamos de estado do bem-estar social, poderia estabilizar, estimular e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura e sem substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo (VENÂNCIO FILHO, 1998, pp. 11-12). Reconciliariam-se, assim, os dois mais importantes fatores de uma economia: a ação governamental com a iniciativa privada.

A latente necessidade de reconstrução da ordem econômica ensejou o novo modelo de intervenção do Estado na economia, porém de forma mais adaptada à nova realidade que se apresentava. Para amparar o mercado, agora tão desacreditado economicamente, o Estado assume diretamente certos papéis econômicos, utilizando-se de um conjunto de regras próprias para corrigir as distorções causadas pelo liberalismo, visando o desenvolvimento econômico da sociedade (FONSECA, 2001, p. 10).

Porém, nova onda de mudanças ainda recairia sobre a economia. Ao final do século XX, fase da pós-modernidade, percebe-se uma forte tendência à ineficiência, morosidade e decadência dos serviços públicos prestados. Agora, grandes transformações podiam ser vislumbradas nos pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais o serviço público surgiu e se desenvolveu (SUNDFELD, 2001, p. 43).

Neste contexto surgem os institutos da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. Para adequar-se às novas tendências mundiais, o Estado brasileiro procedeu à transformações estruturais na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, promovendo a abertura do mercado interno ao capital estrangeiro, por meio da Emenda Constitucional n.º 6, de 15 de agosto de 1995, flexibilizando os monopólios – Emenda Constitucional n.º 5, de 15 de agosto de 1995 – alcançando-se, destarte, a privatização das empresas estatais.

## **1.2. A criação das Agências Reguladoras no Brasil**

A necessidade de transferência de determinadas funções do setor público para o privado, impulsionada pelo fenômeno da privatização, atribuiu ao Estado poder crescente de regulamentação, fiscalização e planejamento da atividade privada. É neste cenário que surgem as Agências Reguladoras, com o intuito de reconstruir e fortalecer o Estado, que passa a ter um novo modelo organizacional, atuando como agente normativo e regulador da ordem econômica.

No Brasil, a reforma verificada no Estado nos últimos anos, decorreu especialmente da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, sendo imperiosa a necessidade do aprimoramento do exercício das funções reguladoras (SERPA, 2003, p. 125).

Entretanto, observa-se que a retirada do Estado na prestação direta da atividade econômica não significa uma redução do intervencionismo estatal. Do contrário, faz-se necessária a criação de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas e funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não fique ao alvitre de empresas privadas.

Foi no direito norte-americano que surgiu o modelo de Agências Reguladoras, com a instituição da *Interstate Commerce Commission*, em 1887. Na experiência norte-americana, excluem-se os mecanismos de supervisão e coordenação da atividade regulatória, de modo que suas decisões não se sujeitam à reforma por outra autoridade administrativa.

Assim, podemos afirmar que o direito norte-americano serviu de base para a criação das Agências Reguladoras de outros países. Neste sentido, afirma Di Pietro que “a

proliferação de Agências, em substituição ao fenômeno anterior da proliferação de entes com personalidade jurídica própria que compõem a administração indireta do Estado” não vem a ser um fenômeno exclusivo do direito brasileiro, mas sim algo que vem se difundindo ao redor do mundo em decorrência da globalização (DI PIETRO, 2003, p 143).

No Brasil, devido à adoção do sistema francês de unidade administrativa, a Administração Pública é composta de maneira hierarquizada, havendo vinculação ou subordinação dos entes que lhe compõem. Destarte, foram as agências brasileiras criadas como autarquias especiais, vinculadas aos Ministérios respectivos, retirando parcela de sua independência, uma vez que os Ministros podem ser livremente nomeados/exonerados pelo Presidente da República.

Teoricamente, as agências reguladoras não poderiam estar vinculadas ao Poder Executivo, para que suas decisões fossem dotadas de imparcialidade e neutralidade necessárias ao atendimento do interesse público. Para a perfeita consecução das atividades a que foram instituídas, deveria haver isenção quanto aos instrumentos de pressão políticos e econômicos; a autonomia financeira, pela arrecadação de tributos específicos, serviria para ampliar a margem de independência das agências reguladoras (BOTELHO, 2001, p 43).

Ainda quanto às características das Agências, afirma Hely Lopes Meirelles que as autarquias são: "entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas". Segundo o mesmo autor, autarquias especiais são aquelas que “a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.” (MEIRELLES, 2003, p. 332).

### **1.3. A criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel**

Conforme visto no tópico anterior, a reforma estatal no Brasil materializou-se por meio do processo de desestatização, caracterizada por uma política governamental de intervenção mínima, onde o Estado retira-se de alguns setores para a atuação da iniciativa privada, utilizando como instrumento o mecanismo da privatização, transferindo a competência exclusiva da União para prestação de serviços não essenciais de telecomunicação ao setor privado. Não se pode esquecer, entretanto, que a atividade transferida à iniciativa privada continua sendo dever do próprio Estado (SUNDFELD, 1999, p. 185).

Em verdade, a reforma estatal materializou-se por meio da desestatização, caracterizada por uma política governamental de intervenção mínima, onde o Estado retira-se de alguns setores para a atuação da iniciativa privada, utilizando como instrumento a tão polêmica privatização.

No âmbito dos serviços de telecomunicações, foi transferida a competência exclusiva da União para prestação de serviços não essenciais de telecomunicação ao setor privado. A criação da Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995, modificou o art. 21, inc. XI, da Constituição Federal, possibilitando que a concessão de serviços de telecomunicações, que não eram, por força constitucional, serviços públicos, pudesse ser estendida também às empresas privadas. O processo de privatização destes serviços tem início em 1995, por meio da recém aprovada Emenda Constitucional, que põe fim ao monopólio estatal.

Após, procedeu-se à edição da Lei Mínima, em 1996, a qual permitiu a outorga de concessões do direito de exploração do Serviço Móvel Celular a particulares, além de definir outras modalidades de serviços de telecomunicações, tais como o Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite.

Devido ao rápido crescimento no setor de telefonia, estudos do Ministério das Comunicações indicaram a necessidade de planejar e coordenar as atividades de telecomunicações em todo o país. Desse modo criou-se, através da Lei n.º 5.972, de 11 de julho de 1972, a entidade pública Telecomunicações Brasileiras S/A, Telebrás.

Neste contexto, em 29 de julho de 1998 se dá a venda do sistema Telebrás, o qual é dividido para quatro holdings de telefonia fixa, a saber: Telemar Norte Leste, Embratel, Telefônica e Tele Centro Sul.

O governo, apesar de não ter mais o monopólio das telecomunicações, criou, através da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472 de 16 julho de 1997), a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, cuja principal responsabilidade é zelar pela qualidade dos serviços de telefonia prestados aos usuários.

A ANATEL foi a segunda Agência Reguladora a ser criada nesta fase de privatizações brasileira e está vinculada ao Ministério das Telecomunicações. Segundo entendimento de Azevedo a criação da ANATEL foi “objeto de uma lei única, redigida com maior exatidão e juridicidade, já que resultou da minuta preparada pelo eminente administrativista Carlos Ary Sundfeld, em que os variados aspectos da matéria são cuidados com a devida atenção.” (AZEVEDO, 2004, p. 144).

A missão desta Agência é promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional.

Segundo os acordos de concessão firmados à época da privatização, às empresas vencedoras dos leilões foram impostas metas de qualidade, significando melhoria



do atendimento ao cidadão, e metas de universalização, comportando uma expansão estratégica dos serviços às áreas geográficas nacionais que tinham um sistema de comunicação obsoleto ou simplesmente inexistente.

Podemos afirmar, então, que um dos aspectos mais importantes da reforma do setor de telecomunicações foi a criação, prévia à privatização das estatais, do órgão regulador, a Anatel, autarquia especial ligada ao Ministério das Comunicações, constituída com características que lhe permitem desempenhar sua missão com autonomia e independência, tendo em vista a previsão de estabilidade de seus dirigentes e as autonomias decisória e orçamentária que lhe são concedidas.<sup>4</sup>

Esta independência efetiva da Agência reveste-se de particular importância para que sejam atingidas a credibilidade e a eficiência das políticas regulatórias. É possível aprender com a experiência internacional que naqueles países onde a reforma setorial antecedeu a montagem do órgão regulador, houve um conjunto de dificuldades para a resolução de conflitos entre os agentes de mercado e a fiscalização das empresas privatizadas, em razão da falta de legitimidade ou da dualidade de poderes regulatórios.

#### **1.4. As atribuições previstas na Lei Geral de Telecomunicações**

É certo que a efetiva abertura do setor de telecomunicações, no ponto de vista normativo, ocorreu com a criação da LGT. O referido diploma legal institui expressa e claramente o regime de competição como princípio a ser seguido na regulamentação do setor.

---

<sup>4</sup> A estabilidade dos cinco conselheiros-diretores da Anatel é garantida legalmente pela delegação de mandatos fixos de cinco anos, vedada a recondução, após indicação do presidente da República e aprovação pelo Senado, sendo que a perda do mandato só poderá ocorrer mediante renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. A autonomia decisória é estabelecida pela ausência de subordinação hierárquica em relação a uma série de atribuições setoriais (previstas no artigo 19 da LGT). Por fim, a autonomia orçamentária é estabelecida pela administração de receitas próprias do Fundo de Fiscalização dos Serviços de Telecomunicações (Fistel), oriundas substancialmente da atividade regulatória, tais como taxas cobradas nas outorgas das licitações, taxas de fiscalização, multas, etc.

Com a sua criação, a Anatel viabilizou o processo de desestatização do sistema de telecomunicações no País. Todavia, tão importante quanto o processo de privatização em si é a sua posterior e constante supervisão e controle mediante regulamentação expedida pela própria Anatel, subordinada apenas ao fiel cumprimento da lei.

É importante frisar que, a partir dessa alteração na maneira de explorar os serviços de telecomunicações, iniciou-se uma verdadeira revolução regulatória no setor. Problemas anteriormente inexistentes passaram a exigir soluções jurídicas imediatas; novos instrumentos regulatórios foram adotados; a necessidade de universalização desses serviços passou a conviver com a competição empresarial, etc.

Forma-se, portanto, uma nova realidade no direito das telecomunicações, centrado na defesa do interesse do usuário, na proibição da discriminação e do abuso do poder econômico e no desenvolvimento sócio-cultural do país, sob a fiscalização de um órgão regulador, provido de funções normativas e sancionatórias, abrangendo a competição e a relação social (ESCOBAR, 1999, p.p 15-16 ).

É também dever da Anatel a preservação, e inclusive a promoção da defesa da concorrência no setor de telecomunicações. É importante ressaltar, entretanto, que a LGT, no artigo 7.º, parágrafos 1.º e 2.º, estabeleceu um importante papel de complementaridade para a Anatel na aplicabilidade da Lei de defesa da concorrência<sup>5</sup>, em conjunto com o Conselho de Defesa Econômica - CADE, no setor das telecomunicações<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Lei n.º 8.884/94 que caracteriza as infrações contra a ordem econômica e define as funções e atribuições do CADE.

<sup>6</sup> A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE integra, juntamente com a Secretaria de Direito Econômico – SDE, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, utilizando-se dos dispositivos da Lei n.º 8.884/94. Pode-se dividir a atuação dos órgãos do sistema em três tipos: preventiva, que se dá através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); repressiva, que ocorre através do controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais, sempre buscando verificar a existência de infrações à ordem econômica; e educacional, que corresponde ao papel de difusão da cultura da concorrência.

Isso implica, por exemplo, que as empresas de telecomunicações devem submeter também, ao órgão regulador, todos os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.<sup>7</sup>

Assim sendo, a LGT delegou, na prática, à Anatel as funções da Secretaria de Defesa Econômica - SDE, em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, a saber: a) instaurar processos administrativos para identificar e reprimir as infrações previstas na Lei 8.884/95, remetendo ao os processos para que sejam julgados; CADE b) definir as condições e celebrar compromissos para que as essas práticas sejam cessadas, e c) encaminhar ao CADE as solicitações das empresas para que sejam apreciados os atos que visem à concentração econômica.

Logo, existe uma obrigatoriedade das empresas de telecomunicações encaminharem ao CADE, através da Anatel, que formulará parecer prévio, qualquer ato que represente aumento de concentração de mercado. Desse modo, podemos observar que a Agência tem competência de agir preventivamente, deixando ao CADE a função de atuar *a posteriori*, caso a caso, sempre que houver o acionamento da agência setorial, julgando se o ato em questão caracteriza ou não em infração da ordem econômica.

---

<sup>7</sup> Esses atos incluem, dentre outras coisas, aqueles que tenham por objetivo qualquer forma de concentração econômica que resulte em participação de empresas ou grupo de empresas em 20% ou mais de um mercado relevante, ou qualquer fusão, incorporação de empresas, agrupamento societário, etc. quando qualquer das empresas participantes tenha um faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400 milhões.

## 2. Regulação no Mercado de Telecomunicações

Com o surgimento de novas tecnologias e com a universalização dos serviços, uma parcela maior dos consumidores passou a ter acesso a serviços os quais sequer conheciam há 10 anos atrás. Com diversos *players* atuando em mercados distintos, torna-se cada vez mais dura a tarefa da Agência Reguladora de cumprir o seu papel de ente responsável pelo atendimento dos interesses da sociedade, e resguardo dos interesses das empresas privadas, após anos de investimento no país. Percebe-se que com o aumento da concorrência, aumentam também outros fatores como demandas de preço entre empresas e número elevado de produtos no mercado, muitas vezes sem qualquer preocupação com a qualidade do serviço prestado.

Assim, podemos afirmar que da concorrência muitos problemas são gerados, e é necessária uma regulação contundente para saná-los. Neste capítulo, teceremos breves comentários acerca da questão da livre iniciativa e livre concorrência, e daremos especial atenção à algumas das chamadas “falhas de mercado”, com o intuito de ilustrar parte dos problemas enfrentados pelo Órgão Regulador, e que muitas vezes acabam por prejudicar entes privados dotados de boa-fé.

Dentre as falhas que serão apresentadas, a assimetria de informações surge como a mais danosa, e geradora de outras falhas que comprometem o interesse público. Para que o regulador possa exercer uma regulação eficiente, é indispensável a existência de uma boa base de informação e um regime de incentivos que induza as firmas reguladas a fornecerem informações necessárias. Quando a base de informações é deficiente, torna-se muito elevado o risco de captura regulatória. Nesse caso, as decisões de regulação estariam subordinadas, preferencialmente, aos objetivos da firma regulada, em detrimento do interesse público.

## **2.1. Livre Concorrência**

A imposição de limites aos agentes econômicos por parte do Estado não destruiu o liberalismo econômico anteriormente conquistado; manteve-se o livre comércio e a livre concorrência, o que se pretendia combater era a excessiva acumulação de poder, a qual gerava a instabilidade do sistema. O remédio encontrado apto a vencer os monopólios, resguardando os interesses da sociedade como um todo foi, pois, a concorrência.

O conceito de livre concorrência pode ser entendido como a garantia de oportunidades iguais a todos os agentes no livre jogo das forças de mercado. Concorrência significa liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo os procedimentos que visem causar óbices à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial (FONSECA, 1997, p 29).

Em um mercado tido como livre, a estabilidade de preços só seria garantida com a existência de concorrência entre competidores de um mesmo mercado. A existência de condutas anticompetitivas pode levar a situações de preços e lucros muito altos prejudicando a sociedade como um todo.

A livre concorrência é instituto relativo ao direito de praticar o “jogo econômico” com as demais empresas, sem causar entraves à competição ou qualquer tipo de embaraço à concorrência. Deve existir um regime de paridade, ou seja, de competição na luta para a consecução dos objetivos. Ademais, tanto a livre iniciativa quanto a livre concorrência não podem ser exercidas em prejuízo dos interesses econômicos da sociedade, especialmente dos consumidores (FARIA, 1990, p. 108).

De acordo com entendimento de Fábio Nusdeo (2001, p. 149), a concentração, não importa a sua origem, representa uma falha de estrutura do sistema de mercado. Assim,

a concentração econômica poderia representar uma falha de estrutura a inibir mecanismos controladores do mercado).

Entretanto, com a nova realidade econômica instaurada, tornou-se essencial a intervenção do Estado no domínio econômico para reprimir abusos de poder decorrentes das desigualdades entre as empresas, inafastáveis em um regime de livre iniciativa. Para regular as relações entre os agentes, que atuavam livremente na formação de grandes monopólios empresariais, o Estado passa a atuar como agente econômico para proteger os direitos dos cidadãos.

Apesar de a intervenção estatal vir a representar restrições à liberdade econômica, de certo modo não pode ser assim considerada, visto que a atividade do Estado visa apenas à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata de restringir a liberdade de quem abusa de seu poder econômico, pois tal liberdade não existe; no caso de abuso o agente terá excedido os limites de sua liberdade (BRUNA, 2001, p. 137).

Deste modo, nos casos em que a concentração econômica representar uma falha de mercado, a intervenção estatal se fará necessária para garantir o atingimento do interesse público. Assim, a beneficiário da intervenção direta do Estado no domínio econômico será o próprio Estado-nação, traduzindo o interesse do cidadão, do administrado, do consumidor, e da sociedade como um todo.

Podemos afirmar, então, que o ente estatal poderia praticar condutas que, teoricamente, seriam contrárias às regras do direito da concorrência, afinal, sendo o Estado

mero vetor de consecução do interesse geral da coletividade, sua conduta não poderia ser tolida por interesses menores, de natureza privada e empresarial<sup>8</sup>.

Por fim, é certo que em um Estado onde ocorrem determinadas falhas de mercado, a intervenção governamental se faz necessária. Ressalte-se que, nos casos em que o Estado não é capaz de corrigir uma falha de mercado, surgem as chamadas falhas de governo. E é exatamente quando começam a ocorrer as falhas de governo que se faz necessária a criação de órgãos reguladores, com vistas à perseguição dos interesses públicos.

## **2.2. Falhas de Mercado**

### **2.2.1. Informação Assimétrica**

Conforme exposto no item anterior, a justificativa tradicional para a existência da regulação é a necessidade de corrigir falhas de mercado, tais como assimetrias de informação, externalidades, dentre outras. Muito se discute quanto ao fato de a regulação ser ou não bem sucedida em seus objetivos e qual seria seu custo para a sociedade.

No que concerne à regulação, a questão da formação de preços é essencial, por envolver aspectos do excedente e sua distribuição, sendo que podemos afirmar ser, dentre as atribuições do órgão regulador, demasiadamente importante a tarefa de fixar regras tarifárias que conciliem os interesses dos consumidores e dos entes regulados. Portanto, podemos afirmar que existe uma enorme dificuldade para os órgãos reguladores em estabelecer tarifas justas e garantir a universalidade dos serviços.

---

<sup>8</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **AGÊNCIAS REGULADORAS: INSTRUMENTOS DE FORTALECIMENTO DO ESTADO**. Texto realizado por ocasião do III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos.

Outra grande dificuldade enfrentada pelos entes reguladores é a falha de mercado conhecida como assimetria de informações, que ocorre entre regulador e regulado. Neste cenário, sabemos que o regulado tem um conhecimento profundo de suas atividades, etapas de produção e estrutura de custos, enquanto o regulador não está a par desta gama de informações (PYNDICK, e RUBINFELD, 2005, p. 601).

O resultado deste cenário é que as decisões tomadas pelo regulador muitas vezes se subordinam ao conjunto de informações fornecidas pelos regulados, o que pode levar a uma decisão errada, injusta, ou até prejudicial aos interesses da sociedade.

A assimetria de informações obriga o regulador a buscar outras formas de obter as informações do ente regulado, o que gera um custo, pois os órgãos reguladores precisam ser bem aparelhados sobre as questões setoriais para, desta forma, reduzir as assimetrias de informações quanto às questões técnicas, econômicas e financeiras das empresas. Ainda assim, o problema da assimetria de informações nunca é eliminado. Deve então o regulador ser capaz de arbitrar sobre as questões de sua competência sem dispor do mesmo conjunto de informações da firma regulada<sup>9</sup>.

Ressalte-se que, no que tange a regulação, o acesso à informação é importante, pois é através dela que os órgãos reguladores vão poder tomar ações que visem estimular a firma regulada a operar de forma eficiente.

Por fim, chama-se atenção ao fato de que introdução da informação assimétrica na teoria econômica tem trazido novos *insights* de como as chamadas falhas de mercado

---

<sup>9</sup> Ressalte-se que a falta de acesso a informações relevantes por parte do órgão regulador tende a diminuir cada vez mais no mundo em que vivemos, totalmente informatizado. Entretanto, corroborando do entedimento exposto por Fábio Nusdeo, mesmo com toda esta informatização, um grande número de fatos tende a passar despercebido, quando não ocultados deliberadamente. Eis porque devem existir normas reguladoras que obriguem determinados agentes econômicos a prestarem às partes interessadas todas as informações relevantes para a tomada de decisões. In. NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



podem ser enfrentadas através de mecanismos externos ao mercado, visando o aumento de bem-estar da coletividade. Uma das consequências mais relevantes da existência de informação assimétrica, principalmente numa relação contratual, é a presença de comportamentos oportunistas entre os agentes, por parte daqueles que possuem mais informações. Os principais problemas decorrentes da informação assimétrica já desenvolvidos pela teoria são a seleção adversa e o risco moral. Esses são tratados a seguir<sup>10</sup>.

### ***2.2.2. Moral Hazard***

A questão do risco moral fica bem ilustrada no caso de seguros. São ações da parte segurada que não podem ser observadas pela parte seguradora, e que podem afetar a probabilidade de um pagamento de sinistro. Em outras palavras, vem a ser a possibilidade de que o comportamento individual possa ser alterado após a contratação do seguro.

Devemos ressaltar que a questão central é, neste caso, a *moral* dos consumidores, que podem tomar certos comportamentos de forma a aumentarem ou diminuir a probabilidade de ocorrência do aspecto em questão.

Voltemos à indústria de seguros. Neste caso, por exemplo, diferentes consumidores que contrataram o seguro vão ter distintos comportamentos quanto ao cuidado com o bem segurado, fato que vai modificar a probabilidade de ocorrência de sinistro entre eles. Assim, na hora do estabelecimento da taxa a ser cobrada pela empresa seguradora, esta deve levar em consideração o incentivo dos consumidores em cuidar das mercadorias que estão sendo seguradas. As seguradoras procuram discriminar seus usuários

---

<sup>10</sup> PINTO JR., Helder Q.; PINTO PIRES, Melissa Cristina. **Assimetria de Informações e Problemas Regulatórios**. Nota Técnica ANP nº 009/2000. Disponível em <[http://www.anp.gov.br/doc/notas\\_tecnicas/Nota\\_Tecnica\\_ANP\\_009\\_2000.pdf](http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_009_2000.pdf)>. Acesso em: 08 mai. 2006. 16:30.

segundo suas ações e a influência que estas têm sobre a possibilidade de danos, mas o conhecimento dessas ações é oneroso (PYNDICK, e RUBINFELD, 2005, p. 614).

Por esta razão, os consumidores vão ter que acabar assumindo parte do risco não assumido pela seguradora. A existência de franquias nas apólices de seguro ocorre no sentido de incentivar os consumidores a serem cautelosos com os bens segurados, pois no caso de sinistro, o consumidor tem que arcar com parte do custo.

No nível contratual, o risco moral é fruto de comportamentos oportunistas posteriores à elaboração do contrato, podendo decorrer também de um comportamento imprevisto ao longo da execução do contrato. A informação assimétrica não é relativa às características desconhecidas dos agentes, mas a um comportamento oportunista, escondido e não conhecido pela outra parte do contrato, no momento de sua elaboração.

### **2.2.3. Seleção Adversa**

É certo que quando duas partes de uma negociação possuem informações diferentes acerca do objeto da transação ocorre o que chamamos de informação assimétrica. Quando ocorre, a assimetria de informação pode gerar uma grave falha de mercado, influenciando a tomada de decisões por uma, ou ambas as partes envolvidas.

Da falta de acesso a informações relevantes, ocorre a seleção adversa, que surge quando produtos de qualidades distintas são vendidos ao mesmo preço, porque compradores e vendedores não estão informados o suficiente para que possa determinar a qualidade real do produto no momento da compra (PYNDICK, e RUBINFELD, 2005, p. 604).

Pyndick e Rubinfeld ilustram a seleção adversa, mais uma vez, com o exemplo da indústria de seguros. Neste caso, não há como se basear na taxa média de incidência de sinistros para estabelecer seus preços. Caso isso ocorresse, apenas os consumidores mais propensos a acionar o seguro iriam contratá-lo. Dessa forma, a seguradora acabaria realizando uma seleção adversa dos consumidores e, dentro de algum tempo, iria quebrar. A fim de evitar essas conseqüências, a seguradora estabelece o seu preço levando em conta o custo de ocorrência de sinistro entre os consumidores mais propensos a causarem e sofrerem acidentes.

A conseqüência disto é que vários potenciais consumidores, que possuem menor propensão à utilização do seguro, terminam por não participar do mercado, pois teriam que desembolsar um preço muito alto relativamente ao risco de necessitarem se utilizar do seguro.

Do ponto de vista contratual, a seleção adversa pode ser encarada como oriunda de comportamentos oportunistas derivados de assimetria de informações a nível pré-contratual. Estes prejudicam a operação das transações antes mesmo do estabelecimento do contrato, pois uma das partes depende de informações relativas à natureza da outra e que nem sempre são fornecidas. Neste caso algumas informações são omitidas no momento da definição do contrato.

Como já exposto, a seleção adversa decorre da assimetria de informações entre os agentes e para evitá-la é necessária a busca de mecanismos que reduzam essas assimetrias. Ressalte-se que todo o objetivo para reduzir a seleção adversa vai na direção da melhoria da qualidade e do fluxo de informações, mas esse processo é oneroso.

### 2.2.4. O Problema da Relação Agente-Principal

No caso da relação agente-principal no setor público, podemos encontrar problemas quando os administradores (agentes) perseguem suas próprias metas, ainda que gerando diminuição dos lucros dos donos de empresas (principais).

Podemos afirmar que a teoria do agente-principal vem sendo desenvolvida na tentativa de introduzir a questão dos incentivos. Esta abordagem está relacionada com as questões relativas tanto à assimetria de informações quanto àquelas relacionadas aos direitos de propriedade, uma vez que estes últimos possuem efeitos em termos de incentivos (PYNDICK, e RUBINFELD, 2005, p. 620).

Esta vertente da teoria dos contratos se interessa pelo relacionamento entre dois atores econômicos (um é o principal e o outro é o agente), no qual o agente dispõe de um conjunto de possíveis comportamentos a adotar, suas ações afetam o bem-estar entre as partes e dificilmente são observáveis pelo principal. Este tipo de relação coloca em tela o problema de assimetria de informações entre o agente e o principal<sup>11</sup>.

A análise consiste, então, em como um ator econômico (principal) estabelece um sistema de compensação (contrato) que motive o outro ator (agente) a agir de acordo com o interesse do primeiro. O grande ponto colocado por esta vertente da teoria dos contratos é que é difícil monitorar o esforço dos atores econômicos envolvidos em uma transação. Daí deriva-se uma grande dificuldade na elaboração dos contratos. Por esta razão são incluídos esquemas de incentivos baseados na performance observada. Na elaboração

---

<sup>11</sup> A teoria do agente-principal não foi desenvolvida para tratar de problemas regulatórios, e sim na tentativa de descobrir esquemas contratuais que incentivassem os empregados a trabalhar de forma mais eficiente. Hoje, ela é mais ampla, sendo utilizada em diversas relações que envolvam dois agentes. No caso da regulação, o principal e o agente poderiam ser, respectivamente, regulador e firma regulada, ministério e regulador, governo e firma, entre outras combinações. No nosso caso, em função da existência de um contrato entre o poder concedente (agência reguladora) e a concessionária, adotamos a primeira das combinações.

de um esquema de incentivos as partes envolvidas enfrentam o *trade off*<sup>12</sup> entre incentivos ótimos e repartição de riscos ótima.

Mesmo admitindo a vigência de um contrato entre as partes (como por exemplo, um contrato de concessão), a relação e o cumprimento dos dispositivos contratuais se enquadram num contexto de informação assimétrica, pois o principal dispõe de um conjunto imperfeito de informações sobre o agente. Se essas informações são referentes à estrutura de custos do agente (empresa regulada), é de se esperar que o principal (regulador) tenha uma base de conhecimento que depende da confiabilidade das informações prestadas pelo agente. Neste ponto reside o problema da captura do regulador por parte da firma regulada, uma vez que o primeiro tem que tomar suas decisões com base nas informações recebidas do último.

Para reduzir esse tipo de problema, o regulador tenta estruturar um conjunto de mecanismos de incitações que levem a empresa regulada a fornecer corretamente as informações necessárias.

Dessa forma, o regulador, ciente da sua situação com relação à assimetria de informações, deve buscar evitar cair numa situação de captura regulatória: ou seja, pautar suas ações a partir dos interesses da empresa regulada em detrimento do interesse público.

Na prática, contudo, esses objetivos podem se tornar contraditórios devido, em especial, ao caráter incompleto dos contratos. Os principais modelos teóricos desenvolvidos a partir dessa corrente teórica são baseados na hipótese de que os contratos podem cobrir o conjunto de contingências suscetíveis de ocasionar eventuais conflitos entre os atores econômicos.

---

<sup>12</sup> Existe *Trade-off* entre dois objetivos quando para se alcançar um é necessário se afastar, ou prejudicar a realização do outro. Conforme EDI-Economic Development Institute *EDI Glossary - terms frequently used in EDI training*, EDI-World Bank, Washington,DC, 1992.

### **3. Definições de controle no Direito Brasileiro**

Na evolução semântica da palavra “controle”, verifica-se sua origem francesa, onde significa “verificação” ou “fiscalização”. Mas a palavra controle sofreu forte influência da língua inglesa, estando associada à noção de “poder” ou de “dominação”, tendo também, em um sentido mais atenuado, o significado de “regulação” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 29).

No Brasil, o vocábulo “controle” sofreu influência tanto do francês quanto do inglês, passando a designar não só verificação, fiscalização, como também ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir (FERREIRA, 1982, p. 469).

Para Fábio Konder COMPARATO (1988, p. 19) essas posições são perfeitamente conciliáveis: “O controle é, pois, o direito de dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica”.

No presente capítulo, passaremos à abordagem das diversas definições de controle existentes no Direito Brasileiro. Entretanto, daremos especial atenção à visão da Anatel no que diz respeito ao poder de controle nas empresas de telecomunicações. Para tanto, daremos especial atenção à regulamentação específica que é aplicada à essas empresas.

#### **3.1. Controle nas Sociedades Anônimas**

A primeira noção que se deve ter, quando está se tratando de controle societário, reside no fato de que as construções teóricas e fáticas sobre as sociedades anônimas, tomadas aqui como paradigmas de nossas análises, se baseiam na dissociação entre propriedade e controle.

Essa constatação foi levada a cabo por BERLE e MEANS (1984, p. 34), que afirmaram que “o proprietário que investe numa sociedade anônima moderna entrega sua riqueza aos administradores da companhia, à medida que troca a posição de proprietário independente por aquela em que apenas recebe a remuneração do capital”. Assim, “criou-se uma grande massa de acionistas que não exercem virtualmente nenhum controle sobre a riqueza com que eles ou seus predecessores contribuíram para a empresa.” (1984, p. 35).

Isso é de tão grande monta que COELHO (2001, p. 275), ao tratar do trabalho de BERLE e MEANS sobre esse tema, afirmou que “o real mérito do trabalho está mesmo na identificação da sociedade anônima como o instrumento da dissociação entre a propriedade da riqueza produtiva (bens de produção) e o seu controle, no interior da organização empresarial capitalista”. E mais adiante, COELHO (2001: p. 275) arremata: “em outros termos, a sociedade anônima possibilita ao empreendedor organizar e controlar uma atividade econômica sem dispor dos recursos necessários à sua implementação, nem mesmo da maior parte destes”.

A Lei nº 6.404/76 adotou o modelo de poder de controle acionário com base no sistema inglês, tendo em vista o poder de domínio, de ordenação e determinação, de influência sobre a diretriz da companhia, de preponderância de fato nas assembléias gerais da companhia. Poderíamos, então, definir o poder de controle como a modalidade de poder social exercida pelo acionista (ou grupo de acionistas) titular de direitos de voto suficientes para formar a maioria na Assembléia Geral (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 39).

Na verdade, a definição de controle é uma questão muito mais de fato do que jurídica, sendo necessário que se verifique em cada circunstância quais são os elementos caracterizadores de tal situação. Trata-se de um verdadeiro poder de fato. E é exatamente pelo fato de o controle existir como poder que sua conceituação se torna tão difícil.

Em uma nova tentativa de definição, podemos dizer que o controle em uma sociedade anônima seria o poder do acionista, fundado no exercício do direito de sócio, de dirigir as atividades sociais da companhia e orientar o funcionamento de seus órgãos, basicamente a assembléia geral de acionistas, o conselho de administração e a diretoria (CARVALHOSA, 1998, p. 429).

É certo que o Direito Societário, como conjunto de regras e princípios que disciplinam o regime jurídico das sociedades, tendo como campo de incidência todos os atos juridicamente relevantes desde a constituição da sociedade até sua dissolução, passando, naturalmente, por diversos pontos como personalidade jurídica das sociedades, sócios, nome empresarial, órgãos de poder das sociedades, etc., empresta à noção de controle ou, mais precisamente, de acionista controlador, relevância peculiar.

Vários são os motivos que levam as pessoas (físicas e jurídicas) a aderir a uma sociedade. Clássica é a divisão dos acionistas em rendeiros, “objetivando em sua carteira acionária a constituição de um patrimônio rentável” ou uma “renda permanente”; especuladores, atento aos “pregões da bolsa, onde pretende lucros imediatos, pouco se importando em usufruir dividendos ou direitos”; e empresários, preocupados com a “prosperidade da empresa que lhe dá poder e, sobretudo, influência social” (REQUIÃO, 2003, p. 136).

Afora as situações elencadas acima, outro fator contribuiu, não só no Brasil, mas no mundo todo de uma forma geral, para o desenvolvimento de legislações que cuidassem de um tipo de acionista em especial: o acionista controlador. José Edwaldo Tavares Borba (2004, p. 334) preleciona o seguinte:

“Nas grandes companhias abertas, cujo capital votante se encontre disseminado no mercado, enfrenta-se o problema do abstenseísmo dos acionistas nas assembléias. Essa ausência que, em muitos casos, se estende à maioria das ações faz com que às assembléias compareça uma parcela minoritária do capital votante. Nestas circunstâncias, a maioria



será apurada em relação aos presentes, possibilitando a polarização do controle na maioria da minoria. Se o grupo ativo que costuma comparecer às assembléias representar, por exemplo, dezoito por cento do capital votante, o acionista que contar com nove por cento mais uma ação terá o controle da companhia. A essa forma de controle, apoiada em menos de cinquenta por cento do capital, dá-se o nome de controle minoritário”.

Assim, o que importa para o direito societário são os acionistas que detêm ações com direito a voto e que comparecem às assembléias. Destarte, “nem sempre, como se viu, é a maioria de acionistas que controla a sociedade, podendo perfeitamente esse controle ser detido pela minoria, capaz, diante da dispersão e desinteresse dos acionistas rendeiros e especuladores, de aglutinar maior número de ações (...)”. E em seguida, concluindo seu raciocínio, afirma: “O que a nossa lei visa, efetivamente, não é apenas à proteção da minoria com direito a voto, mas à imensa maioria sem voto, inerme diante de uma minoria.” (REQUIÃO, 2003, p. 136).

Com fulcro nesses motivos, a Lei das Sociedades Anônimas estabeleceu o conceito de acionista controlador, como segue:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

De acordo com a exposição de motivos do art. 116 da Lei 6.404/76, o acionista controlador possui grande poder na condução da companhia. Todavia, tal poder vem acompanhado de deveres, pois modernamente não mais se concebe o exercício

irresponsável do direito de propriedade. Dessa forma, o poder de controle deve ser exercido tendo em vista a realização do objeto social, ou seja, sem deixar de atentar para a função social da sociedade, respeitando e atendendo lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa (empregados, acionistas minoritário, investidores e a comunidade em que atua) (TOMAZETTE, 2003, p. 312).

A importância maior, no âmbito do direito societário, para a definição de acionista controlador reside na preocupação de se *controlar o poder de controle* da sociedade, evitando seu abuso. Tanto é assim que o art. 117 da mesma lei enumera (exemplificativamente, consoante a melhor doutrina) modalidades de exercício abusivo de poder, entres as quais se encontram: orientar a companhia para fim estranho ao objeto social, promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente, etc.

Fazendo um apanhado geral, e com arrimo em Calixto Salomão Filho, podemos afirmar, portanto, que, para o direito societário, “a noção de controle é relacionada com a possibilidade de dispor dos ativos e dos dividendos da sociedade.” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 89).

### **3.2. Controle no Direito Antitruste**

O Direito Antitruste tem por escopo o controle do poder econômico, tendo como pano de fundo a busca por uma maior competição nos mercados o que, em última análise, irá gerar uma maior satisfação ao consumidor, ou melhor, à coletividade. Herbert Hovenkamp afirma que: “Se todas as trocas [de bens e serviços] ocorrerem a preços competitivos, a sociedade como um todo estará mais rica do que se a troca ocorresse a um preço maior ou menor.” (HOVENKAMP, 1999, p. 3, tradução nossa).

Basicamente, a pessoa jurídica estatal que tem por objeto o controle da concorrência (no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE) atua em duas frentes distintas: preventivamente, no controle das estruturas de mercado, e repressivamente, coibindo as infrações à ordem econômica. A lei 8.884/94 disciplina tais situações. Para o escopo deste trabalho, focaremos apenas na problemática do controle de estruturas. O art. 54 da lei 8.884/94 reza que:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

O móvel da lei é claro: busca conter a expansão desenfreada do poder econômico, “com suas manifestações capazes de suprimir um espaço de relações onde escolhas e opções sejam possíveis” (FARACO, 2003, p. 226), concretizando o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência insculpidos no art. 170, *caput*, e inciso IV, Constituição Federal.

Nuno Carvalho, discorrendo sobre o tema, nos ensina que:

“Em primeiro lugar, como disse, a concentração em qualquer das suas modalidades, afeta o Direito Antitruste na medida em que pode gerar a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle de empresarial. Quanto o empresário adquire, não importa por que meio, a capacidade de exercer o controle unificado sobre antigos concorrentes, há concentração. Se ele não exerce esse controle hoje, nada impede que o venha a exercer amanhã. Esta unificação (ou a sua possibilidade), portanto, é a antítese da concorrência. Afinal, ao consumidor interessa dividir os concorrentes para reinar. Quando estes se

unem, o consumidor perde a liberdade de escolha.” (CARVALHO, 1995, p. 95).

Tal posicionamento é manso e pacífico na doutrina. A caracterização da unificação dos centros decisórios, contudo, é causa de infindáveis debates nas doutrina jurídica e econômica e na jurisprudência do CADE. A fim de dirimir essa questão, o CADE editou a resolução n.º 15, de 19 de agosto de 1998, estabelecendo o seguinte conceito de controle, em seu Anexo V:

“1.3. CONTROLE Poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa.

Notemos a abrangência constante de tal conceito quando o comparamos com o disposto na Lei das Sociedades Anônimas. Sucede que, para o Direito Antitruste, um ponto é fundamental: o poder de influência no controle das decisões mercadologicamente relevantes<sup>13</sup>. Isso é de suma importância por constituir um divisor de águas entre o conceito de controle no Direito Antitruste e no Direito Societário”.

Podemos verificar tal pensamento em voto-vista, o ex-Conselheiro Cleveland Prates do CADE afirmou que:

“A noção de poder de controle societário para o direito antitruste deve ser diferenciada do conceito de controle do direito societário brasileiro. Enquanto o direito societário relaciona controle à possibilidade de dispor de ativos e dos dividendos da sociedade, em direito concorrencial, a noção de controle está relacionada à capacidade de tomar decisões que afetem o gerenciamento das atividades da sociedade, isto é, que afetem a conduta da empresa no mercado. Para tanto, não se considera a realidade das formas do direito societário, mas o modo como o controle é exercido no plano fático”<sup>14</sup>.

Não é difícil vislumbrar o porquê de tal diferenciação. A lição de Calixto Salomão Filho (2002, p. 253) é bastante clara nesse sentido:

---

<sup>13</sup> Ver art 6º, III, da Portaria conjunta MF/MJ n.º 1, de 18 de fevereiro de 2003.

<sup>14</sup> Voto-vista do Conselheiro Cleveland Prates exarado em 13.08.2006 no AC 08012.008380/2002-73, Requerentes: Barry Wehmler Companies. Inc. e Ward Holding Company Inc.; Conselheiro Relator Fernando de Oliveira Marques, p. 3-4.

“Conseqüentemente, objeto de proteção do direito societário são, em primeira linha, os interesses dos acionistas minoritários e dos credores, enquanto as preocupações do direito concorrencial se centram, como já visto, em concorrentes e consumidores. Ocorre que os interesses desses diferentes grupos nem sempre, aliás raramente, coincidem. Práticas que configuram abuso de posição dominante, claramente prejudiciais aos consumidores, são benéficas a minoritários e credores, na medida em que produzem lucros extraordinários”.

### **3.3. Controle na Regulamentação de Telecomunicações**

Primeiramente, é preciso deixar bem vincado que há duas espécies de normas no que se refere ao controle: há normas que limitam a liberdade de controle e normas que estruturam um conceito de controle, e será por meio deste que a compatibilizarão da estrutura de controle de uma determinada prestadora de serviço de telecomunicações às normas limitativas que a liberdade de controle será verificada.

Esquemáticamente, podemos dividir as normas que limitam a liberdade de controle em três grandes linhas: i) limitação quanto ao controle em si; ii) limitação quanto ao controle cruzado; e iii) limitação quanto ao controle múltiplo.

Quando são impostas limitações ao controle de uma prestadora, independentemente do controle sobre outras prestadoras do mesmo ou de outros serviços, estamos diante de uma norma que trata apenas do controle em si. Adicionalmente, ocorre limitação ao controle cruzado quando são impostos limites ao controle de prestadoras de serviços diferentes.

Há, finalmente, a situação em que se limita a quantidade de prestadoras de um mesmo serviço que uma mesma pessoa (sua coligada, controlada ou controladora) pode possuir ou controlar: é a limitação ao controle múltiplo.

Em rasas linhas, é fácil perceber, por uma hermenêutica constitucional, que o Poder Público deve fortalecer a diversidade de fontes de informação e, conseqüentemente, deve atentar para que o controle de uma empresa de comunicação (jornal, televisão aberta ou por assinatura, etc.) não recaia no domínio de uma só pessoa ou de um grupo pequeno de pessoas, uma vez que tal situação estaria a um passo de acarretar uma monopolização não só da informação, mas da massa crítica de toda a sociedade, ou seja, poderia haver uma uniformização da apreciação crítica (seja positiva, seja negativa) dos fatos sociais.

Ademais, é forçoso reconhecer que o Poder Público tem o dever de promover a livre concorrência nos diversos mercados, uma vez que se trata de princípio geral da ordem econômica. Portanto, é inafastável que o Poder Público, quando do estabelecimento do conceito de controle no direito das telecomunicações e de limitações ao poder de controle, deve moldá-los a fim de que seja fomentada a concorrência no setor.

Entretanto, tal concorrência, no caso dos setores regulados, deve ser qualificada de *concorrência possível*. De fato, é bastante lógico que, quando da ordenação dos serviços, pode e deve o Poder Público atentar para o influxo dos mais variados plexos de circunstâncias que devem guiar a prestação dos serviços. Esses fatores servirão de pauta para a construção de um marco regulatório que se apoiará em determinados pilares, ou alicerces fundamentais, sendo correto concluir, por conseguinte, que o conceito de controle também deve ser construído de tal forma que as propostas do marco regulatório sejam devidamente cumpridas.

### **3.3.1. Competência Normativa da Anatel**

À Agência Nacional de Telecomunicações foram concedidas diversas atribuições. Algumas delas constantes do art. 19 da Lei 9472/97. O artigo, em seus vários incisos, diz competir à Anatel, entre outros, “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”, “expedir normas sobre

prestação de serviço de telecomunicações no regime privado”, “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem”, etc. Deflui, de análise desse dispositivo, que à Anatel foi outorgado pelo Legislativo um poder normativo.

Cumpre-nos, nesse passo, verificar a compatibilidade desse fato com o ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer, devemos investigar se: i) houve ofensa ao princípio da separação de poderes; ii) houve ofensa ao princípio da legalidade, para, ao final, concluirmos pela possibilidade ou não de atribuição de poder normativo a esse órgão regulador.

Lembremos que, regulamento é ato administrativo normativo que pressupõe a existência de Lei à qual deve se subordinar devendo restringir-se aos seus limites e ao sistema legal vigente, sob pena de invalidade.<sup>15</sup>

É reconhecida a possibilidade, através de atribuição legal específica, de edição de atos administrativos normativos por outros órgãos do Poder Executivo. É assim que ocorre com a Anatel ao expedir normas de regulamentação do setor de telecomunicação, conforme competência que lhe foi atribuída pelo artigo 19, IV, X, XII e XIV da LGT.<sup>16</sup>

A outorga de poder normativo à agências reguladoras é importante característica do modelo regulador, permitindo uma maior fiscalização das prestadoras privadas, delegadas do serviço concedido.

---

<sup>15</sup> Manifestação jurídica feita à Consulta Pública n.º 86 pelo escritório de advocacia Mundie e Advogados em 5 de janeiro de 1999, p. 2.

<sup>16</sup> Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1668, em decisão liminar, o STF decidiu: “deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X do artigo 19 da LGT, sem redução do texto, dar-lhe interpretação conforme a CF, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Anatel para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia” Diário da Justiça, Seção I, 31 de agosto de 1998, p. 17.

Desse modo, os regulamentos da Anatel têm natureza jurídica de ato administrativo normativo necessariamente vinculados à Lei e hierarquicamente inferior a ela. Neste sentido já se manifestou o STF, afirmando que “regulamentos subordinados ou de execução supõem, para efeito de sua edição, pelo Poder Público, a existência de Lei a que se achem vinculados”.<sup>17</sup>

Essa vinculação e observância à Lei é que conferem ao ato regulamentar legitimidade e eficácia. Neste ponto vale destacar os ensinamentos do Prof. Hely Lopes Meireles (2001, p. 163): “Com ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é irritado e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade”.

Esta relação de dependência e submissão do regulamento à Lei alcança todo o sistema jurídico, não permitindo a inclusão no sistema positivo de nova regra, criadora de direito ou obrigação, favor ou restrição, não contidos previamente na Lei regulamentada. Assim entende Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 88), comentando a seguinte citação de Pontes de Miranda: “Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei, a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico”.

Ademais, resta claro que não só o poder de editar normas não é irrestrito, como deve contemplar, ainda, as diretrizes a que se deve dirigir a atuação da Anatel, “visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado”.<sup>18</sup>

Destarte, os atos normativos das agências reguladoras e, em especial, os da Anatel, não têm o condão de inovar na ordem jurídica. A lei, como acentua Marcos Juruena, e só a lei inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que

---

<sup>17</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 192, Acórdão publicado na RDA 191, p. 214.

<sup>18</sup> Artigo 71 da LGT.



não pode ser delegada à norma regulatória (SOUTO, 2002, pp. 19 e ss.). Ocorre que, como vimos, dada à complexidade da sociedade contemporânea,

“emerge a necessidade de edição de normas específicas, aderentes às peculiaridades de cada segmento da economia sujeito à regulação, dando origem ao surgimento de sub-sistemas jurídicos dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprio) (...)”. (MARQUES NETO, 2002, p. 17).

É nesse âmbito que se inserem as normas reguladoras, produto do poder normativo inerente à função reguladora. Inerente sim, por, junto com ATAHYDE (2003, p. 2.144), entendemos que “decorre da própria idéia de função reguladora a atribuição normativa. Seria uma contradição a criação de agências com o objetivo de cumprir a função reguladora do Estado sem que fosse a elas atribuída capacidade e editar normas referentes às suas diversas áreas de atuação”.

Ademais, para atender com maior eficiência aos ditames de cada segmento econômico, tais normas devem possuir grande densidade técnica. E aqui, enfim, o cerne filosófico da atribuição de poder normativo às agências reguladoras: tecnicidade x politização das decisões.

Por todos os motivos acima expostos, podemos afirmar que a Anatel, ao expedir normas, deve atender às peculiaridades e objetivos pertinentes aos serviços de telecomunicações, mas não pode desconhecer, e muito menos violar, as normas específicas que já existem e regem o conceito e exercício do controle societário e as relações entre acionistas. Desse modo, a Resolução 101/99, a pretexto de regulamentar a lei, efetivamente extravasa os limites do ato administrativo normativo.

Outro argumento utilizado, já visto no presente trabalho, é que a atividade regulamentar do setor de telecomunicações não está presa aos conceitos da Lei Societária, tanto que no seu âmbito já se consolidou definição de coligada diferente do da Lei das S.A., como por exemplo a constante no Regulamento do Serviço Móvel Celular e o Plano Geral de Outorgas.

Além desses argumentos, ressaltam o fato de que a Agência tem competências gerais (artigo 19, IV e X da LGT) e específicas (artigo 19, XIX e artigo 71 da LGT) para regular a matéria objeto da Resolução 101/99. O artigo 71 da LGT determina que a Anatel poderá (leia-se deverá) estabelecer restrições, condições e limites às empresas, inclusive em relação à transferência de concessões, autorizações e permissões.

Por fim, em exercendo estas competências, a Agência deve atentar para a realidade do poder de decisão empresarial, nos assuntos que afetem, direta ou indiretamente, a concorrência entre as prestadoras de serviços de telecomunicações. E, somente poderá cumprir este seu papel, se adotar um conceito de controle mais amplo que o existente no campo societário.

### **3.4. A Resolução nº 101/1999 criada pela Anatel**

A Anatel colocou em consulta pública<sup>19</sup> a proposta de Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. O tema em foco foi exaustivamente debatido, culminando, em 4 de fevereiro de 1999, com a edição da Resolução nº 101/99. O objetivo era propiciar a livre, ampla e justa competição entre os prestadores de serviço de telecomunicações, impedir a concentração do mercado, reprimir infrações à ordem econômica e evitar a propriedade cruzada nas empresas de telecomunicações.

A referida Resolução aprovou o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, trazendo uma série de novos conceitos que passaram a integrar a normatização do setor de telecomunicações.

---

<sup>19</sup> Consulta Pública n.º 86, de 10 de dezembro de 1998.

Tais conceitos criados pelo órgão regulador, dizem respeito ao reconhecimento de “elos” societários entre empresas, como aspecto a ser considerado na identificação do controle da empresa e no estabelecimento de limites à transferência de controle de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Há uma grande discussão quanto à competência de uma agência reguladora para “criar” novos conceitos através de uma resolução, conceitos estes que já haviam sido estabelecidos por uma Lei nº 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas, aplicando-os a um mercado específico, qual seja, o de telecomunicações.

O artigo 1º, inciso II, da Resolução 101/99 assim define controle:

“Art. 1º No exercício das funções de órgão regulador e de órgão competente para controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações, a Anatel, com vistas à apuração de controle e de transferência de controle que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos, adotará os seguintes conceitos:

(...)

II – Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa”.

Complementa esta definição o conceito de “funcionamento da empresa” constante do parágrafo 2º do próprio artigo 1º:

“§ 2º Para efeito deste Regulamento, o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias”.

De acordo com Bulhões Pedreira<sup>20</sup>, o regulamento ora em análise substitui o conceito de “controle societário” por um conceito muito mais amplo de “controle”, que compreende tanto o interno quanto o externo e situações em que não há sequer influência dominante.

Além disso, continua Bulhões Pedreira, o núcleo desta definição de controle seria o poder de dirigir as atividades sociais ou o funcionamento da empresa, mas a identificação precisa das circunstâncias de direito ou de fato que caracterizariam a existência desse “poder de dirigir” é impossível com as normas constantes no Regulamento.

Sem falar no fato de que o Regulamento criou um novo conceito de “funcionamento de empresa” diverso daquele estabelecido pela Lei Societária, o qual se referia ao poder de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Alfredo Lamy<sup>21</sup>, também entende que a Anatel exorbitou o conceito de controle já existente na Lei Societária, trazendo uma inovação não cogitada por nenhum texto legal anterior. Ademais, o parágrafo 2º do artigo 1º também amplia o conceito de controle de maneira absurda, chegando a considerar que a assistência de empresas de planejamento empresarial, tecnológico, de engenharia especializada no assunto, maculam o controle da sociedade. No entanto, trata-se de uma prática normal da vida empresarial, salutar em muitos casos, que não importará jamais em poder de dominação.

Lembra-nos ainda Elinor Cotait<sup>22</sup> que a própria Lei das S.A. deixou de definir controle diretamente. Isto porque trata-se de noção cuja apreensão depende de tal gama de

---

<sup>20</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões, Parecer Jurídico emitido em 4 de janeiro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 28.

<sup>21</sup> LAMY, Alfredo Filho, Parecer Jurídico emitido em 28 de dezembro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 4.

<sup>22</sup> Manifestação jurídica feita à Consulta Pública n.º 86 pelo escritório de advocacia Mundie e Advogados em 5 de janeiro de 1999, p. 12.

variantes que a simples enunciação de conceitos, incapaz de abarcar as inúmeras particularidades envolvidas, tornar-se-ia vazia. Assim, o sistema jurídico convive com a busca, caso a caso, do significado do controle societário, principalmente a partir das definições legais de acionista controlador (artigo 116 da Lei das S/A) e sociedade controlada (artigo 243, parágrafo 2º da Lei das S/A).

Bulhões Pedreira<sup>23</sup> destaca ainda que, após a “definição” de controle pela Lei Societária, a partir das figuras do acionista controlador e sociedade controlada, dezenas de atos normativos se utilizaram das expressões “controle societário” e “controle acionário” sem trazer com isto uma nova definição do conceito, embora alguns desses atos acrescentem o requisito de que o controlador seja titular de votos de mais da metade do total do capital votante.

O fato é que os conceitos existentes na Lei das S/A podem ser aplicados em outros ramos que não o societário (ex. direito econômico) e sub-sistemas (ex. setor de telecomunicações), mas isto não significa que se tenha de fazer uma transposição singela e imponderada de conceitos.

A Lei das S/A define o controlador no âmbito do direito societário, enquanto que a Resolução 101/99 fixa regras relacionadas ao controle, mas com o objetivo de proteger a competição no setor das telecomunicações, relacionando-se, deste modo, com o direito da concorrência e com o direito econômico. Assim sendo, as normas constantes da Lei n.º 6.404/76 não são adequadas às finalidades da atuação normativa da Agência.

Vale também mencionar o fato de que o objetivo da Lei Societária, ao definir acionista controlador, é completamente diferente do objetivo da Resolução 101/99. A Lei n.º 6.404/76 define acionista controlador para o fim específico de disciplinar suas

---

<sup>23</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões, Parecer Jurídico emitido em 4 de janeiro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 17.

responsabilidades por abuso no exercício do poder, em detrimento de minoritários, ou seja, tem como finalidade primordial a proteção do acionista minoritário.

Já a Resolução 101/99 visa prioritariamente identificar quem manda na prestadora de serviços de telecomunicações, consolidando a competição no segmento, ou seja, faz uma referência ao controle num contexto mais amplo da disciplina da concorrência. Tem assim, como finalidade básica, a proteção da sociedade e do usuário de serviços de telecomunicações, e não a proteção do acionista minoritário que presta serviço de telecomunicações.

Sendo diferentes os objetivos, é natural que os critérios adotados para certa disciplina se mostrem insuficientes para outra. Se, para o direito societário, basta a participação no capital votante para que se identifique o controlador e a tutela adequada do direito das minorias, para o direito da concorrência este critério é estreito, deixando de alcançar certas hipóteses de prática anticoncorrencial.

No sentido contrário, advogando pela plena validade do conceito de controle estabelecido na Resolução nº 101/99, temos Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Ulhoa Coelho. Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>24</sup> levanta como primeiro argumento justamente o fato de que a Lei das S/A não definiu o que seja controle, mas sim o que seja pessoa controladora. Precisar quem ocupa a posição de controlador (elemento subjetivo) é bem diferente de definir as situações de fato caracterizadoras de um poder ou influência (aspecto objetivo).

Neste mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que “a falta de uma definição legal de controle abre às instâncias investidas de competência para a interpretação e

---

<sup>24</sup> Manifestação jurídica feita à Consulta Pública n.º 86 pelo escritório de advocacia Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo Marques, Advocacia em 11 de janeiro de 1998, p. 4.

integração da lei – inclusive a Anatel – uma expressiva margem para delinear, através de atos próprios o que se deve entender por controle.”<sup>25</sup>

O segundo argumento, vale dizer, o mais importante, utilizado por Fábio Ulhoa Coelho<sup>26</sup> e Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>27</sup> para defender a legalidade da Resolução 101/99 ao fixar um “novo” conceito de controle, diz respeito ao contexto normativo e à finalidade da norma.

Um terceiro argumento destacado por Fábio Ulhoa Coelho<sup>28</sup> e Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>29</sup>, é que não há qualquer dispositivo legal que obrigue a Anatel a observar os conceitos da Lei Societária no concernente aos critérios de verificação da concentração econômica e do controle empresarial.

Outra justificativa levantada por Floriano de Azevedo Marques Neto é que o próprio CADE já trabalha há muito tempo com um conceito de controle muito próximo ao adotado pela Anatel na Resolução 101/99.<sup>30</sup>

Assim sendo, o CADE já utiliza este conceito de controle na sua atuação de órgão regulador geral da ordem econômica, função que de cuja competência compartilha com a Anatel no setor de telecomunicações. Desse modo, a Anatel não precisaria sequer

---

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, Parecer Jurídico emitido em 7 de dezembro de 1998, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 17.

<sup>26</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, Parecer Jurídico emitido em 7 de dezembro de 1998, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 20.

<sup>27</sup> Manifestação jurídica feita à Consulta Pública n.º 86 pelo escritório de advocacia Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo Marques, Advocacia em 11 de janeiro de 1998, p. 5.

<sup>28</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, Parecer Jurídico emitido em 7 de dezembro de 1998, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 25.

<sup>29</sup> Manifestação jurídica feita à Consulta Pública n.º 86 pelo escritório de advocacia Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo Marques, Advocacia em 11 de janeiro de 1998, p. 9.

<sup>30</sup> A Resolução n.º 15, de 19 de agosto de 1998, do CADE apresenta a seguinte definição: “1.3. Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, externa ou interna, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa”.

editar regulamento próprio para se utilizar da concepção de controle própria do direito econômico, já que existe norma do CADE neste sentido.

### **3.4.1. Controle e promoção da Concorrência**

Um dos mais importantes objetivos da regulação de telecomunicações é, sem sombra de dúvida, a promoção da concorrência, o que se conclui pelo art. 6º da Lei Geral de Telecomunicações (LGT):

“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”.

As bases para a promoção da concorrência são, essencialmente, as mesmas expostas no item que tratava sobre o conceito de controle no Direito Antitruste. No entanto, importa fixar que o modo de promoção da concorrência por uma agência reguladora, no caso, a Anatel, difere e muito da forma como atua o CADE com o mesmo objetivo.

Em estudo sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld (2002, p. 4) afirma que:

“As autoridades antitruste agem por meio de atos administrativos concretos (não, portanto, de atos normativos), sendo sua ação essencialmente repressiva, destinada a punir ou corrigir condutas anticoncorrenciais adotadas pelos agentes no exercício de sua liberdade econômica. Outras técnicas de controle são, todavia, viáveis: a edição de atos normativos, legais ou infra-legais, definindo regras para a concentração empresarial; a restrição da liberdade econômicas dos agentes, transferindo-se ao Estado o poder de tomar decisões fundamentais (como a fixação de preços e a determinação do montante de investimentos, p. ex.) ou condicionando a eficácia de decisões privadas à prévia aprovação estatal. Costuma-se designar como regulação justamente a atividade ordenadora da economia que se vale dessas técnicas, as quais, por vezes – embora nem sempre – apresentam-se como alternativas às técnicas de ordenação do direito antitruste”.



Destarte, pode-se concluir que a atuação do CADE se dá com base na análise do caso concreto, ou seja, dada uma situação qualquer, o CADE irá avaliar seus potenciais ou reais efeitos sobre a concorrência em determinado mercado relevante de bens ou serviços, adotando medidas que visem à preservação da concorrência.

De outra banda, a Anatel atua diversamente: com base no seu conhecimento dos mercados de serviços de telecomunicações, e dadas as condições constitucionais e legais de prestação dos serviços, ela pode estabelecer, de antemão, restrições com o fito de preservar a concorrência nos mercados, tais como as limitações quanto ao controle de prestadoras de serviços de telecomunicações.

O que se deseja enfatizar é o seguinte: o CADE, a fim de promover a concorrência, atua, precipuamente, sobre um caso concreto, ao passo que a Anatel, atuando com o mesmo fim, estabelece delimita, de antemão, a área de atuação do ente regulado. Acerca dessa diferenciação, Carlos Ari Sundfeld (2002, p. 8) assim se pronunciou:

“Lembre-se da distinção entre duas categorias bem marcadas: a delimitação administrativa do conteúdo normal dos direitos, da alçada das autoridades de regulação, e a imposição, a certos agentes econômicos, de limitações administrativas especiais – que pode ser feita pela autoridade antitruste. As normas de regulação editadas pela ANATEL definem o âmbito da atuação juridicamente possível das empresas de telecomunicações, instituindo, assim a delimitação administrativa de seus direitos. Mas o exame da licitude dos comportamentos no interior da zona delimitada não é exclusivo da ANATEL, dada a incidência do direito antitruste”.

Apreendida essa diferenciação, podemos concluir que, por imposição legal, as normas editadas pela Anatel devem estimular tanto quanto possível a concorrência entre prestadores de serviços de telecomunicações. Em outras palavras, inexistindo qualquer outro relevante objetivo regulatório a ser perseguido, as normas da Anatel não podem trazer condicionamentos que limitem a concorrência, para não violarem o princípio da proporcionalidade.

Com um raciocínio reverso, se outros interesses também estiverem em jogo, como, por exemplo, o uso racional e eficiente do espectro de radiofrequências, e o número de prestadoras do serviço puder colocar em risco esses interesses, será lícito à Anatel estabelecer restrições ao número de autorizações do serviço<sup>31</sup>.

Um dispositivo interessante a ser discutido, neste ponto, é o §2º do art. 10 do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n.º 2.534/98, que estabelece:

“§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003”.

Consoante o entendimento difundido no setor, o escopo dessa limitação era para que o grupo de controle da concessionária envidasse todos os esforços possíveis para investir na concessão, não desviando seus investimentos para outras prestadoras de serviços de telecomunicações. Podemos ainda imaginar um argumento no sentido de que as autorizadas que fossem controladas pelo mesmo grupo de controle das concessionárias teriam um maior poder de mercado, uma vez que elas seriam “bancadas” pelo grupo de controle das empresas com maior poder de mercado no setor, o que poderia colocar em risco a concorrência em algum mercado.

Entretanto, entendemos que a Anatel tem o poder de dispor sobre as condições de prestação do serviço (qualidade, padrões tecnológicos, etc), e essas condições têm de ser cumpridas. Nesse quadrante, uma vez estejam satisfeitas as exigências da Anatel, não há sentido em proibir que o grupo controlador detenha uma autorização para prestar um outro serviço de telecomunicações.

---

<sup>31</sup> Artigo 136 da LGT.

Portanto, entendemos que o Plano Geral de Outorgas, da forma como foi delineado pelo Poder Executivo, carece, neste aspecto específico, de fundamentação jurídico-regulatória, uma vez que ocorreu um cerceamento da possibilidade de concorrência sem que houvesse justificativa razoável para tanto.

### **3.5. Indícios da Existência de Controle**

O artigo 4º da Resolução 101/99 autoriza a Anatel a instaurar, de ofício ou por provocação, procedimento administrativo destinado a apurar a existência de Controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual.

O parágrafo único do mencionado artigo considera como indício da existência de Controle vedado, as seguintes situações entre prestadoras de serviços de telecomunicações:

- “I - existência de operações significativas, passivas ou ativas, de financiamento, sob qualquer forma;
- II - prestação de garantia real, pessoal ou de qualquer espécie;
- III - transferência de bens em condições, termos ou valores distintos dos praticados no mercado;
- IV - existência de processo de transferência de conhecimentos tecnológicos estratégicos;
- V - prestação de serviço de telecomunicações ou correlato em condições favorecidas ou privilegiadas;
- VI - existência de acordo operacional que estipule condições favorecidas ou privilegiadas;
- VII - uso comum de recursos sejam eles materiais, tecnológicos ou humanos;
- VIII – contratação em conjunto de bens ou serviços;
- IX - existência de instrumento jurídico tendo por objeto transferência de ações entre as prestadoras ou cessão de direito de preferência relativamente à transferência recíproca de ações;

X - adoção de marca ou de estratégia mercadológica ou publicitária comum”.

Podemos perceber claramente que, mais uma vez, o conceito de controle foi alargado em demasia, através da utilização de conceitos imprecisos que geram insegurança para os administrados.

De acordo com o mestre Bulhões Pedreira<sup>32</sup>, as situações previstas no parágrafo único do artigo 4.º da Resolução 101/99 ficam sujeitas a critérios subjetivos, como, por exemplo, para se determinar quando operações “significativas” de financiamento, transferência de conhecimentos tecnológicos e uso comum de recursos implicarão em indícios da existência de Controle.

Ademais, a legislação atual não proíbe a prática dos negócios estabelecidos no referido parágrafo, nem os subordina à aprovação da Anatel. Consequentemente, a Resolução que os declara indícios de Controle em infração de normas legais ou regulamentares, pretende exigir das empresas de telecomunicações comportamentos a que não estão obrigadas por força de lei.

No caso do inciso I, entendemos errônea a consideração de que qualquer forma de financiamento caracteriza um indício de controle. Assim sendo, nos valendo do exemplo dado por Francisco Müssnich<sup>33</sup>, um banco de desenvolvimento e/ou fomento se transformaria em controlador de qualquer empresa de que seja acionista ou credor, criando um risco enorme para as empresas de telecomunicações que precisem de financiamento junto aquele banco de fomento.

---

<sup>32</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões, Parecer Jurídico emitido em 4 de janeiro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 34.

<sup>33</sup> MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel, Parecer Jurídico emitido em 4 de janeiro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 8.

O mesmo podemos destacar com relação ao inciso II, que caracteriza como indício de Controle a prestação de garantia. Mais uma vez, as empresas de telecomunicações terão dificuldades em captar recursos necessários para a condução normal de suas atividades.

O inciso IV, de acordo com a bem colocada crítica feita por Elinor Cotait<sup>34</sup>, não deixa claro o que vem a ser “conhecimentos tecnológicos estratégicos”. Além disso, a tecnologia é um bem economicamente apreciável e que pode ser livremente negociado, sem que se possa considerar transações a valores de mercado como indiciárias de detenção de controle.

Ao considerar como indício de controle o uso comum de recursos, sejam eles materiais, tecnológicos ou humanos, o inciso VII dificultou a tomada de decisões estratégicas das prestadoras de serviços de telecomunicações. A disposição é muito abrangente e alcança, por exemplo, os contratos de compartilhamento de infra-estrutura, a locação de linhas dedicadas e outras operações usuais entre as empresas de telecomunicações que, não só não são controladoras uma das outras como, antes disso, são concorrentes.<sup>35</sup>

A contratação em conjunto de bens ou serviços, determinada no inciso VIII como indício de controle, também não guarda necessariamente relação com a questão do controle. Pelo contrário, é usual em todo o mundo que empresas de telecomunicações organizem-se para defender interesses comuns ou contratar, em conjunto, certos serviços. Seria, por exemplo, o caso da contratação de firmas de advocacia.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Manifestação jurídica feita à Consulta Pública n.º 86 pelo escritório de advocacia Mundie e Advogados em 5 de janeiro de 1999, p. 19.

<sup>35</sup> MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel, Parecer Jurídico emitido em 4 de janeiro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 8.

<sup>36</sup> MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel, Parecer Jurídico emitido em 4 de janeiro de 1999, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 8.

No entanto Fábio Ulhoa Coelho<sup>37</sup> advoga no sentido contrário, afirmando que o poder é mais do que a sua tradução jurídica, não devendo o aplicador das normas que disciplinam o seu exercício prender-se aos termos formais e abstratos de comandos normativos, devendo sim, atentar à real dinâmica dessa complexa relação social.

Assim sendo, quando não se tratar de questões relacionadas a acionistas de uma S/A, é possível a aferição de controle da empresa pela autoridade competente, por critérios não fundados na titularidade dos direitos de sócio, se isto for necessário para a aplicação correta da disciplina.

Continua o mencionado jurista afirmando que, no caso do inciso V, por exemplo, na celebração de acordos de prestação de serviços um dos partícipes pode não ser controlador segundo o conceito do direito societário, mas, se eventualmente interferir efetivamente no planejamento e gestão da empresa contratante dos serviços, por meios das obrigações contratadas naquele instrumento, o prestador fará sim parte do controle da empresa que o contratou.

### **3.6. Controle e Coligação**

O artigo 2º, *caput* e o seu parágrafo 1º, da Resolução 101/99, estabelecem o conceito de pessoa jurídica coligada e prevêm o critério de cálculo da participação societária final em caso de participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas de forma exaustiva e em consonância com as diversas normas hierarquicamente superiores - e anteriores à Resolução - que já tratavam do assunto.

---

<sup>37</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, Parecer Jurídico emitido em 7 de dezembro de 1998, em razão da Consulta Pública n.86 da Anatel, p. 9.

No Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), por exemplo, o Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto n° 2.534, de 02 de abril de 1998, no seu artigo 15, já regulava a matéria, de forma praticamente idêntica à Resolução, *in verbis*:

“Art. 15. Para fins deste Plano Geral de Outorgas, uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se uma detiver, direta ou indiretamente, pelo menos, vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em, pelo menos, vinte por cento por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

Parágrafo único. Caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, deve-se calcular o valor final da participação por intermédio da composição das frações percentuais de controle em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento”.

Por sua vez, no tocante ao serviço móvel celular, o artigo 10, parágrafo 1° do Regulamento do Serviço Móvel Celular (SMC), aprovado pelo Decreto n° 2.056/96, e o item 3.2.1 da Norma Geral de Telecomunicações n° 20/96 (NGT) dão uma definição de coligada e prevêm uma fórmula de cálculo em linhas de encadeamento similar com a Resolução.

Na mesma linha de tais normas, o Edital MC/BNDES n° 01/98, de desestatização das empresas federais de telecomunicações, conforme redação dada pelo Comunicado Relevante n° 03/98, estabelece o conceito de participação relevante:

“XXIII – PARTICIPAÇÃO RELEVANTE: é o controle, direto ou indireto, ou participação maior ou igual a vinte por cento no capital votante da(s) companhia(s).

Considerar-se-á, ainda, participação relevante a participação inferior a 20% (vinte por cento) do capital votante da(s) companhia(s) em que o seu titular seja signatário de acordo ou de compromisso de celebração futura de acordo sobre o exercício de voto, na forma do artigo 118 da Lei n° 6.404/76, aí incluídos os que disponham sobre poder de veto de qualquer das partes signatárias sobre determinada(s) matéria(s)”.

Podemos observar que o conceito de participação relevante é aquela que implica em controle ou em coligação. O conceito de grupo econômico previsto no Edital também é coerente com as definições de controle e coligação:

"XVIII - GRUPO ECONÔMICO: é aquele constituído por empresas afiliadas, entendendo-se como empresa afiliada a outra empresa, aquela que:

- a) seja, direta ou indiretamente, controlada pela outra empresa;
- b) controle, direta ou indiretamente, a outra empresa, inclusive por meio de acordo de acionistas;
- c) detenha, direta ou indiretamente, qualquer participação societária na outra empresa igual ou superior a 20% do capital votante da outra empresa; ou
- d) da mesma forma que a outra empresa, tenha 20% (vinte por cento) ou mais de seu capital votante detido, direta ou indiretamente, por uma mesma pessoa natural ou jurídica. Para efeito de cômputo do percentual referido nos itens "c" e "d" acima, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio de composição das frações percentuais de participação em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento".

Como exposto acima, os dispositivos legais e regulamentares citados já regulam as situações de controle, coligação e o critério de cálculo de participação societária final em caso de participação sucessiva em várias pessoas jurídicas. Esse critério é sempre aplicável, sejam as frações de participação maiores, iguais ou menores a 50% e conferindo ou não o controle.

O artigo 2º da Resolução, ao trazer a definição de coligada, alcança duas situações distintas, quando leva em conta, para a determinação de coligação entre duas pessoas jurídicas, participação no capital votante de forma direta e indireta.



## **4. A aplicação da Resolução nº 101/99 no caso da Licitação nº 002/2004 – Anatel**

### **4.1. O certame e suas minúcias**

Para ilustrar os efeitos anticoncorrenciais que podem resultar da aplicação irrestrita da Resolução nº 101/99 pela Anatel, traremos um breve resumo do embate administrativo e judiciário que foi instaurado entre as empresas Stemar<sup>38</sup>, empresa do Grupo Claro, e Telemig Celular S.A, cujo objeto principal era a prestação de serviços de telefonia móvel pela Stemar no estado de Minas Gerais, área de atuação da Telemig.

As demandas tiveram início com a abertura, pela Anatel, da Licitação nº 002/2004/SPV-ANATEL. A Stemar participou do certame como Proponente para os Lotes 3.1 e 3.2<sup>39</sup>, definidos no Anexo I do Edital, e a Telemig Celular S.A. apenas como Proponente para o Lote 3.2. Da licitação resultaram diversos processos judiciais, nos quais as empresas discutiram amplamente o texto da Resolução nº 101/99, bem como seus efeitos.

Ressalte-se que desde a abertura das propostas, a Comissão de Licitação realizou análise apurada dos documentos societários das empresas interessadas, com a finalidade de apurar a eventual existência de relações de controle ou coligação entre Proponentes ou entre Proponentes e prestadoras de STFC ou de SMP. Ao final foi constatada a inexistência de qualquer relação de controle e coligação entre a Stemar e

---

<sup>38</sup> Ressalte-se que, desde abril de 2006 a empresa Stemar foi incorporada pela empresa BCP, também parte do grupo Claro, responsável pela prestação de serviços de telefonia móvel no sudeste e no nordeste do país.

<sup>39</sup> Nos termos do Edital, o Lote 3.1 compreende o Estado de Minas Gerais, excluídos os municípios do Lote 3.2 (Maravilhas, Moema, Monte Alegre de Minas, Monte Santo de Minas, Nova Ponte, Nova Serrana, Papagaios, Pará de Minas, Patos de Minas, Pedrinópolis, Pequi, Perdígão, Pirajuba, Pitangui, Planura, Prata, Presidente Olegário, Rio Paranaíba, Santa Juliana, Santa Vitória, São Francisco de Sales, São José da Varginha, Tupaciguara, Uberaba, Uberlândia, União de Minas e Vazante).

outras prestadoras do SMP, inclusive a Telemig, atuantes nas áreas correspondentes aos Lotes 3.1 e 3.2.

Não obstante, em diversas oportunidades, a Telemig suscitou a existência de coligação entre ela própria e a Stemar. A coligação, segundo a Telemig, decorreria do fato de que a Telos – Fundação Embratel de Seguridade Social (TELOS), que seria integrante do grupo de controle da própria Telemig, é controlada pela Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel), sendo que a Embratel, por sua vez, é coligada da Stemar.

Bem por isso, no dia 17 de novembro de 2004, foi publicado no Diário Oficial da União o aviso de habilitação das Proponentes e a adjudicação dos Lotes 3.1 e 3.2. Seguiu-se, em 28 de fevereiro de 2005, a publicação, no Diário Oficial da União, de Despacho da Agência, expressando a decisão de seu Conselho Diretor de homologar a adjudicação e, ademais, determinando providências tendentes à apuração de eventual relação de coligação, desde logo estabelecendo o tratamento aplicável à questão.

Diante da decisão proferida pelo Conselho Diretor da Agência, a Anatel instaurou Processo Administrativo de Averiguação, no âmbito do qual Stemar e Telemig foram notificadas a se manifestar e apresentaram os esclarecimentos e documentos julgados cabíveis.

O Conselho Diretor da Anatel, na sua 361ª Reunião, prolatou decisão no âmbito do mencionado Processo Administrativo de Averiguação, que veio a público por meio da publicação do extrato do Ato nº 53.250, de 03 de outubro de 2005, vejamos:

**“ATO Nº 53.250, DE 3 DE OUTUBRO DE 2005.**

(...)

Art. 1º **Determinar que seja desfeita a coligação** entre a Telemig Celular S.A., autorizada a prestar o Serviço Móvel Pessoal - SMP na Área de Prestação correspondente ao Lote 3.1 do Anexo I do Edital de Licitação n.º 002/2004/SPV-Anatel, por meio do Termo de Autorização n.º 002/2005/SPV-Anatel, de 28 de abril de 2005, e a Stemar Telecomunicações Ltda, autorizada a prestar o Serviço Móvel Pessoal - SMP na Área de Prestação correspondente ao Lote 3.1 do Anexo I do Edital de Licitação n.º 002/2004/SPV-Anatel, por meio do Termo de Autorização n.º 001/2005/SPV-Anatel, de 19 de abril de 2005.

Parágrafo único. **Estabelecer o prazo de 6 (seis) meses a contar da publicação deste Ato para o cumprimento da determinação** contida no *caput*.

Art. 2º **Determinar que é vedado o início da prestação do serviço objeto dos Termos de Autorizações n.º 002/2005/SPV-Anatel, de 28 de abril de 2005, e 001/2005/SPV-Anatel, de 19 de abril de 2005, antes do cumprimento da determinação do artigo 1º deste Ato,** em consonância com o Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal - PGA-SMP, aprovado pela Resolução n.º 321, de 27 de setembro de 2002, e com o Edital de Licitação n.º 002/2004/SPV-Anatel” (grifo nosso).

A imposição de vedação, pela Anatel, ao início da prestação de serviço à Stemar enquanto não desfeita a relação de coligação com a Telemig teria fundamento no artigo 17 do PGA-SMP<sup>40</sup> e nos itens 4.2 e 4.2.1 do Edital da Licitação nº 002/2004. Ressalte-se que a Stemar batalhou arduamente para que os dispositivos, regulamentar e editalício, supracitados não se aplicassem à presente hipótese.

De fato, referidos dispositivos aplicam-se unicamente a quem licita na condição de controladora, de controlada ou de coligada de empresa que já preste o Serviço Móvel Celular (SMC) ou o Serviço Móvel Pessoal (SMP) na mesma área de prestação relativa à proposta. Como se vê no presente caso, os termos dos dispositivos em questão não deixam margem a dúvidas: a disciplina nele inserida aplica-se unicamente às proponentes que licitam já na condição de controladora, controlada ou de coligada de empresa que já preste o SMC ou o SMP na mesma área.

---

<sup>40</sup> Aprovado pela Resolução n.º 321, de 27 de setembro de 2002.

Quando isso acontece, a proponente (i) obtém a outorga sob a condição de transferir o instrumento de outorga ou de promover a desvinculação societária no prazo de 6 (seis) meses, condição essa que fica assumida em compromisso formal e (ii) fica impedida de prestar o serviço enquanto não cumprida a condição – por uma ou por outra forma.

Diante de tais circunstâncias, imperioso concluir que, durante o procedimento licitatório, a Stemar não foi considerada coligada de Telemig, uma vez que a Stemar não apresentou, com os documentos de habilitação, compromisso nos termos do edital e, não obstante, foi habilitada para participar do certame<sup>41</sup>.

Desde logo, cumpre notar que tal dispositivo tem correspondência com o artigo 9º do Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação de STFC, aprovado pela Resolução nº 283, de 29 de novembro de 2001:

“Art. 9º. É vedada a uma mesma prestadora, sua controladora, coligada ou controlada, a prestação de uma mesma modalidade de STFC, por meio de mais de uma autorização ou concessão, em uma mesma área geográfica de prestação de serviço, ou parte dela”.

Tais dispositivos, que são aplicáveis aos casos em que, após a obtenção de outorga, a empresa torna-se controlada, controladora ou coligada de empresa que já preste o mesmo serviço na mesma área de prestação, não ensejam a vedação da prestação do serviço enquanto não eliminada a superposição das outorgas.

Com efeito, o entendimento reiteradamente manifestado pela Agência é no sentido de que as hipóteses versadas no artigo 8º do Plano Geral de Autorizações do SMP

---

<sup>41</sup> O mesmo, aliás, ocorreu com a Telemig, que apesar dos indícios de coligação com a TNL PCS S/A na área correspondente ao Lote 3.2 do Anexo I do Edital, também não apresentou tal compromisso, tendo mesmo assim sido habilitada para participar do certame.

(PGA-SMP) e no artigo 9º da Resolução 283 relacionam-se ao artigo 87 da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações, que reza:

“Art. 87. A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga”.

Sabemos que, para que atinja as finalidades para as quais foi constituída, a Anatel deve nortear sua atuação pelo atendimento isonômico e impessoal de todos os administrados, devendo utilizar como critérios de discriminação apenas aqueles consagrados por lei.

Dessa forma, a menos que a lei, valendo-se de critérios legítimos, tenha autorizado a distinção de pessoas e situações para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração, não cabe a esta discriminar. O que se permite é: tratar igualmente os iguais perante a lei e, desigualmente, os desiguais.

Em face do exposto, considerando que a decisão de impor vedação ao início da operação do serviço contraria a legislação de regência e afasta-se dos precedentes da Agência, conduzindo-a à dispensa de tratamento não isonômico, a Stemar solicitou à Anatel exclusão da referida vedação, permitindo-se à Stemar a prestação do serviço na pendência do prazo estipulado pela Agência para o desfazimento da relação de coligação em questão.

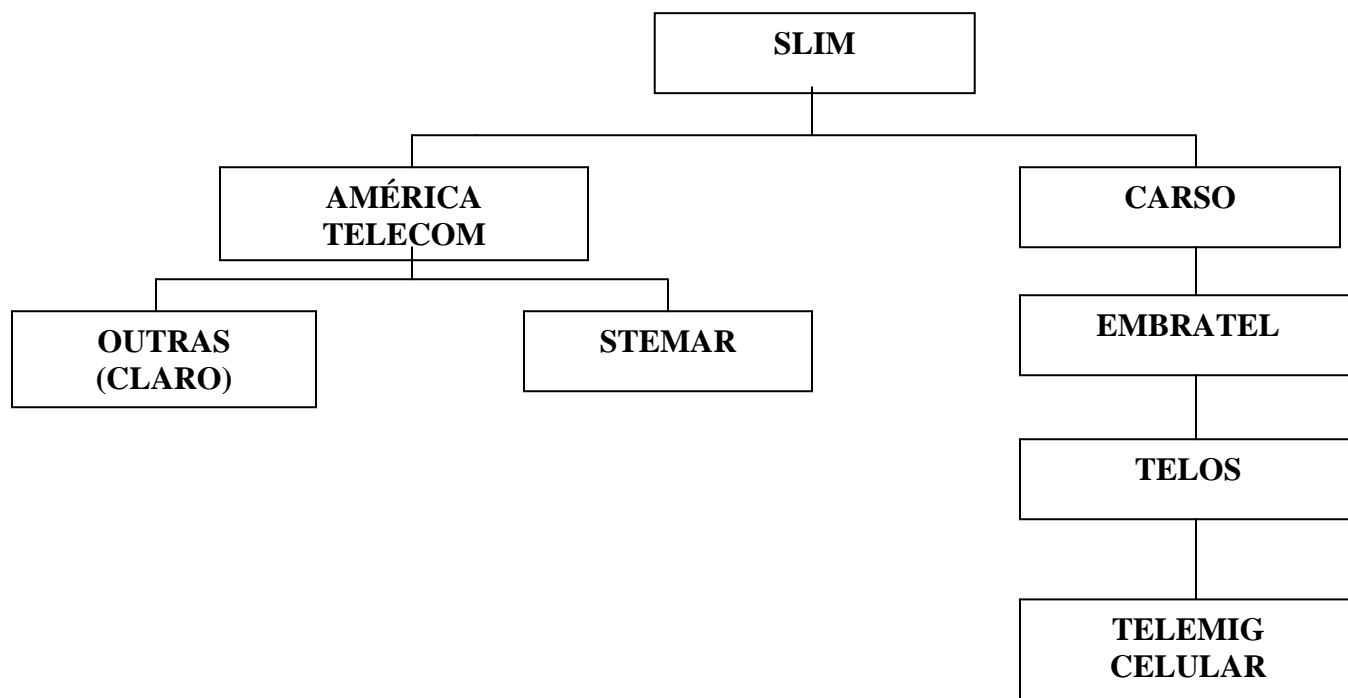
#### **4.2. Da suposta relação de controle da Embratel sobre a Telcel – Crítica ao posicionamento da Anatel**

Como anteriormente demonstrado, no âmbito da Licitação, a Agência decidiu pela inexistência de coligação entre Stemar e Telemig. De fato, apenas no âmbito do

procedimento de averiguação, tal relação foi identificada, em razão da mudança de interpretação da Anatel, que passou a entender que a Embratel é controladora da TELOS, o fundo de pensão dos funcionários da Embratel.

Diante do forçoso entendimento da Anatel, a coligação entre a Stemar e a Telemig foi estabelecida devido ao fato de a Stemar pertencer ao mesmo grupo de controle da Embratel, que por sua vez (segundo a Anatel) controla o seu fundo de pensão, a Telos, que, por conseguinte, controla indiretamente a Telemig Celular. Assim seria o quadro acionário das empresas envolvidas:

#### DIAGRAMA SIMPLIFICADO<sup>42</sup>



<sup>42</sup> Diagrama elaborado pelo escritório Mundie e Advogados.

Assim, considerando-se que a conclusão de que a Embratel controla a TELOS e, conseqüentemente, de que Stemar e Telemig são coligadas, resulta da mudança de interpretação da Anatel, exposta apenas nos autos do procedimento. Para tanto, a Anatel se utilizou de uma análise pormenorizada dos fatos trazidos aos autos do procedimento pela Telemig Celular e, com base no disposto na Resolução nº 101/99, decidiu pela coligação entre as duas empresas.

Neste tocante, podemos perceber que a Anatel vem dando à Resolução 101/99 uma amplitude que a mesma não tem. Isso porque que as normas restritivas de direito, como é o caso da Resolução 101/99, não permitem interpretação extensiva. Nesse sentido, os ensinamentos de Carlos Maximiliano (2005, p. 182):

“(...) As leis *especiais* limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se *estritamente*.”

Assim, por exemplo, não se pode propugnar pela aplicação de sua disciplina fora do âmbito das comunicações. Da mesma forma, não se pode ignorar a natureza jurídica do ente para, indiscriminadamente, submetê-lo às normas da Resolução 101/99. Esta última situação, no entanto, é justamente a que veio a ocorrer no presente caso.

Ademais, podemos afirmar que os fundos de pensão são regidos por disciplina específica, em decorrência da qual é descabido pretender submetê-los às normas da Resolução 101/99, na medida em que, para fins de tal Regulamento, somente há controle onde há empresa, e os fundos não são empresas.

A detenção da condição de empresa é, de fato, premissa para a submissão do ente às disposições da Resolução 101/99, assim como a condição de fundação é fator que excepciona a aplicação da mesma Resolução.

Isso porque as empresas são meio legítimo para a persecussão de lucro pelos seus sócios, enquanto que as fundações não têm fim lucrativo, devendo ater-se à finalidade que lhe fora posta por ocasião de sua instituição.

De fato, a existência de um fim social específico, que vincula e restringe a administração da fundação, assim como a impossibilidade de sua alteração ou desvirtuamento, são corolários da idéia de inexistência de relação de controle em respeito a uma fundação. A administração não está a servir os interesses privados e patrimoniais de seu instituidor, mas sim aos fins sociais, estes imutáveis:

“Enquanto numa sociedade ou associação há sócios, que têm o poder de elaborar e alterar estatutos, instituir ou suprimir órgãos da administração, designar titulares para estes órgãos etc., na fundação não há a figuração do sócio, e todos aqueles atos estão condicionados na própria escritura de instituição e no estatuto elaborado pelo instituidor, por alguém por ele, ou pelo Ministério Público. Todos estes, encarregados pela lei de elaborar os atos normativos de uma fundação, diferentemente dos sócios naquelas entidades, são totalmente estranhos ao gerenciamento e atividades administrativas desta.

(...)

Assim é que, da mesma forma com que o administrador de uma sociedade comercial pode fazer tudo que a lei não proíbe (o que não é proibido é lícito); que o administrador de órgão público só pode fazer tudo o que a lei admite expressamente (defesa da prática de atos não expressados em lei); o administrador de uma fundação há que limitar seus atos de gestão à normatização especificada no estatuto.” (RESENDE, 1997, p. 43).

Uma fundação tem fins específicos e patrimônio destinado à consecução desses fins. É conhecida a sua definição como “um patrimônio com destinação”. Tal destinação, embora de alguma forma valiosa para o instituidor, é perseguida pela fundação de forma autônoma, independentemente do instituidor. O Código Civil dispõe que:

“Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.



Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.

Fica claro, assim, que o elemento volitivo do instituidor limita-se ao momento da constituição da fundação. Depois de constituir a fundação, a vontade do instituidor deixa de ser determinante para orientá-la. A administração da fundação passa a ficar para sempre adstrita à finalidade estabelecida no momento de sua criação, exercendo-se de forma autônoma.

O trecho que a seguir se transcreve corrobora o entendimento de que os fins da fundação sobrepõem-se aos de seus instituidores e que não há meios adequados para a manifestação de suas vontades:

“A Fundação não tem membros, ou seja, nem sócios, nem associados, eis que a membridade é requisito necessário e próprio das corporações (sociedades e associações), que, em consequência, ostentam, como órgão máximo e indispensável de sua estrutura a assembléia geral, onde atuam os membros da entidade, e que podem alterá-la – inclusive quanto a seu objeto social – e até mesmo, extingui-la: é órgão dominante, que expressa a vontade imanente, interna superior, que comanda o destino corporativo.

A fundação conta, tão-somente, com órgãos de administração, integrados por gestores, pelos administradores do patrimônio fundacional, seu substrato, base que é personalizada; órgãos esses servientes, pois que sua atuação está comprometida, funcionalmente, com o fim fundacional, que não podem modificar, que é imutável, que já encontram preestabelecido no ato de instituição da entidade, cuja existência não podem eliminar *ad libitum*” (FERREIRA, 1988, p. 23).

A lei nem mesmo proporciona um foro para a manifestação da vontade do instituidor. Nas fundações não há – diferentemente das sociedades anônimas e limitadas – reuniões e assembléias para deliberações, nas quais instituidores e destinatários manifestem-se a respeito das matérias de interesse e sobre o destino da fundação.

Sendo assim, não pode haver, na fundação, controlador, isto é, um ente que, tendo investido nela seus recursos, dirige-a para a consecução de seus próprios interesses.

Para melhor compreensão do tema, vejam-se os elementos que a Lei nº 6.404/76 – Lei de Sociedades Anônimas ou o Código Civil usam para identificar o controle.

Relevante observar, especificamente no tocante à TELOS, que seu estatuto social, em consonância com a legislação específica, não prevê a destituição dos membros dos órgãos estatutários por parte daqueles que os elegeram<sup>43</sup>. Isto é, após eleitos, os administradores da TELOS atuam de forma totalmente independente, autônoma, isso significando que mesmo que atuem de maneira contrária a uma eventual orientação da patrocinadora, não podem ser por ela destituídos. Este aspecto demonstra a impossibilidade de ingerência da patrocinadora (no caso, a Embratel) na administração da fundação (aqui, a TELOS).

Em face de todo o exposto, seria cabível perguntar-se, se, não tendo a patrocinadora nenhuma possibilidade de controlar a fundação, porque então se verifica, na prática, a existência de dispositivos estatutários que acabam por permitir a existência de membros indicados pelo instituidor na administração da fundação.

A resposta, no entanto, não traz dificuldade alguma: a presença de tais membros está voltada à fiscalização da administração da fundação, com vistas à certeza de que a mesma efetivamente se encontra na busca da realização dos objetivos da fundação – e não de objetivos do instituidor.

Vale dizer: a atuação dos membros indicados pelo instituidor, no âmbito da fundação, serve apenas como meio de fiscalizar a administração, para que a mesma seja

---

<sup>43</sup> O Estatuto da TELOS contempla apenas uma situação de perda do mandato de membros do conselho deliberativo e fiscal, qual seja, a de não comparecimento a duas convocações consecutivas, sem motivo justificado, a critério do respectivo conselho (isto é, nem mesmo neste único caso se ouvirá o patrocinador). E a legislação somente contempla o afastamento do cargo no caso de determinação proveniente de processo administrativo instaurado para averiguar a conduta de administradores e da própria entidade, nos termos do art. 65 da LC 109 e do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003.

voltada ao cumprimento dos objetivos da fundação, definidos por ocasião da sua instituição.

Claro está, assim, que é ilegítimo pretender submeter as fundações à Resolução 101/99, para com base em sua disciplina caracterizar relação de controle entre fundações e empresas. Repete-se: para fins do regulamento, somente há controle onde há empresa.

Em suma: no relacionamento entre empresas é plenamente cabível cogitar-se da existência de relação de coligação ou de controle, de molde, por exemplo, a considerá-las como um único grupo econômico detentor de interesses comuns. Entretanto, no tocante ao relacionamento entre a fundação e a sua instituidora patrocinadora, não se pode cogitar da existência de relação de controle ou coligação. Isto porque a fundação não pode perseguir os interesses da sua instituidora, sendo-lhe lícito unicamente perseguir a finalidade que lhe fora posta no momento da instituição, razão pela qual, aliás, lhe é reconhecida a detenção de vida própria e autônoma em relação à patrocinadora instituidora.

#### **4.3. Breve resumo dos fatos posteriores**

Mantendo seu posicionamento de que haveria coligação entre as empresas Stemar e Telemig através da Telos, a Anatel autorizou o início da operação comercial até apreciação do recurso. O pedido foi deferido no Despacho do Presidente n.º 701/2005:

“Para análise do pedido de suspensão suscitado, deve ser levado em conta que, no momento, a instância administrativa não se encontra exaurida, uma vez que o mérito do Pedido de Reconsideração será ainda decidido pelo Conselho Diretor da Agência.

A Administração é regida por Princípios, dentre eles o da Razoabilidade que, por sua vez, impõe a adequação dos meios aos fins. No presente caso, não seria nocivo à Administração Pública deixar de exigir o imediato cumprimento da determinação, antes da prolação da decisão definitiva sobre o assunto.

Dessa forma, se vislumbra a possibilidade de suspender parcialmente os efeitos da decisão do Conselho Diretor, consubstanciada no artigo 2º do Ato nº 53.250, de 3 de outubro de 2005, do Conselho Diretor da ANATEL.”

Após o deferimento da Anatel, a Stemar comunicou o início de suas atividades e passou a prestar o Serviço Móvel Pessoal em Minas Gerais. A Telemig Celular se insurgiu contra o Despacho nº 701/2005, por intermédio de ação judicial, visando suspender os efeitos de tal Decisão e, com isso, impedir a Stemar de prestar o Serviço Móvel Pessoal antes do desfazimento da coligação.

A Telemig obteve liminar pleiteada na Ação, e a ANATEL, em cumprimento à liminar, intimou a Stemar da suspensão da autorização de início da operação comercial, ordenando o fechamento das lojas da Stemar e a interrupção do funcionamento de sua rede.

Adentrando no procedimento administrativo instaurado pela Anatel, a Telos informou sobre a constituição da “carteira administrada” pela qual transferiu a Angra Partners Consultoria Empresarial e Participações Ltda. os direitos políticos detidos na Telemig Celular, afirmando que, com isso, teria deixado o grupo de controle daquela empresa.

A ANATEL, por ato de seu Presidente (Memorando nº 162/2005-PR), instituiu Circuito Deliberativo para decisão no Processo aberto para examinar documento apresentado pela Telos (informando da carteira administrada). Desta forma, a ANATEL expediu o Ato nº 54.326, no qual reconheceu a eliminação do vínculo societário existente entre Telemig Celular e Stemar:

“(…) Art. 1º Aprovar a transferência de controle decorrente do Contrato de Administração de Carteira de Títulos e Valores Mobiliários firmado entre a TELOS – Fundação Embratel de Assistência e Seguridade Social e o Angra Partners Consultoria Empresarial e Participações Ltda.

Art. 2º Declarar atendida a disposição do artigo 1º do Ato n.º 53.250, de 3 de outubro de 2005, uma vez mantidas as condições do Contrato de Administração de Carteira de Títulos e Valores Mobiliários com a Angra Partners Consultoria Empresarial e Participações Ltda, com observância do prazo de vigência do referido contrato.”

Paralelamente, nos autos de ação anterior da Telemig, ao analisar petição da ANATEL noticiando a edição do Ato nº 54.326, o Juízo proferiu decisão revogando a liminar anteriormente concedida. Notificada desta decisão, a ANATEL permitiu que a Stemar retomasse sua operação comercial em Minas Gerais, agora em definitivo. Entretanto, pouco tempo depois o mesmo Juízo proferiu nova decisão proibindo, novamente, a operação comercial da Stemar.

A Anatel recorreu desta última decisão, tendo em vista que a revisão judicial do posicionamento da Agência na presente questão poderia resultar em danos aos entes regulados. O pedido foi então deferido e a Stemar retomou, mais uma vez, suas atividades.

Entretanto, no último dia 18 de maio, o Jornal Eletrônico “Telecom Urgente”<sup>44</sup> publicou a seguinte notícia:

“Participação cruzada - A TELEMIG FECHA ACORDO COM A CLARO

A Telemig Celular, a Claro e a Telos, fundo de pensão da Embratel, chegaram a um acordo a fim de colocar um fim na disputa judicial que envolve a atuação da subsidiária da América Móvil no estado de Minas Gerais. A Telemig tem contestado judicialmente a atuação de sua concorrente, baseada no fato de que há propriedade cruzada em função da Embratel, patrocinadora do Telos -- que é acionista da Telemig -- ser controlada pela Telmex, do grupo mexicano Carso a qual a Claro também está ligada. O imbróglio se arrasta desde o ano passado e chegou a provocar o fechamento de lojas da Claro em Minas logo após a sua entrada em operação. A Anatel que deu a licença para a Claro operar também foi citada judicialmente pela Telemig. Agora, a Claro e a Telos reconheceram o problema e se propuseram a vender as ações que a fundação possui na Telemig. Foram feitos três cenários para a venda dessa participação, que vão de 30 dias, no melhor deles, a até 90 dias”.

---

<sup>44</sup> TELECOM URGENTE - 18/05/2006 - Ano 11 - Nº 574 - p. 1

Deste modo, ao que tudo indica, as empresas envolvidas neste embate jurídico conseguirão encontrar um meio de através de instrumento de transação, colocar fim a esta batalha. Porém, a falta de uma decisão judicial que encerre a questão faz perpetuar a insegurança jurídica existente atualmente para os administrados.

## CONCLUSÃO

A evolução histórica do pensamento liberal demonstra que, desde os primórdios da vida em sociedade, o homem busca condições de igualdade, destarte consubstanciando-se em sua constante luta pela liberdade. O Liberalismo seria, portanto, uma filosofia política sustentada na idéia de que as relações do indivíduo com o Estado deveriam ser vistas sob o prisma da liberdade do indivíduo como bem maior.

Para amenizar os efeitos negativos advindos do liberalismo desregrado, o Estado Intervencionista surge para pôr fim ao intenso processo de monopolização de mercados e de acumulação de capitais que se instalara, onde ocorria a eliminação das empresas mais fracas e de crescimento das mais fortes, bem como a formação de grandes concentrações empresariais que se mostraram prejudiciais aos interesses da sociedade.

No desenvolvimento do presente trabalho pudemos verificar dois problemas básicos acerca da problemática do controle no Direito Brasileiro. O primeiro diz respeito à existência de diversos conceitos de controle inseridos na legislação pátria, sendo que a aplicação de cada um depende de seus respectivos campos de atuação.

O segundo problema advém do primeiro: como identificar, exatamente, qual o conceito de controle que deve ser utilizado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, como Órgão Regulador, na tomada de decisões.

Verificamos que a Anatel buscou, com a Resolução nº 101/99, tratar do reconhecimento do que podemos chamar de “elos” societários entre empresas, como aspecto a ser considerado na identificação do controle da empresa e no estabelecimento de limites à transferência de controle de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Ocorre que há uma grande dificuldade em instilar no espírito dos operadores do direito a problemática em torno do controle no Direito das Telecomunicações. É certo que a

atuação da Anatel não pode prescindir de uma densa análise dos mercados regulados, uma vez que, tendo em vista a proposta de tecnicidade das agências reguladoras, cada norma deve ser específica para atingir os objetivos regulatórios em cada mercado.

Após análise da gênese da Resolução nº 101/99, bem como dos efeitos de sua aplicação ao caso concreto, concluímos pela exorbitância da Anatel ao definir controle de maneira tão ampla. Ademais, entendemos mais uma vez que a Agência extrapolou sua competência normativa, na medida em que estabeleceu conceito extremamente distinto daquele já existente na Lei Societária.

Cabe dizer, portanto, que, reconhecendo os múltiplos conceitos de controle para o Direito Brasileiro, verifica-se que, entre eles, deve haver uma complementaridade (e não disparidade) quando da regulação promovida pela Anatel, para que se alcance a promoção da concorrência, um dos ditames da Constituição Federal.

Enfim, o que se tencionou com o presente trabalho foi incitar o debate acerca do tema, pois, não obstante a definição contida nas normas que regulam as empresas de telecomunicações, deve-se levar em conta as estruturas atuais de mercado para chegar a um modelo aplicável.

A concorrência foi uma das grandes conquistas da sociedade atual, um verdadeiro instrumento para a realização de diversos outros valores. A letra fria da lei não pode ser o único guia para a resolução de um conflito em que se debate princípio tão salutar quanto o da livre concorrência.

Deste modo, qualquer modelo que venha a ser adotado para pôr fim a este embate deve considerar tanto os aspectos atinentes à livre competição, quanto a defesa da segurança jurídica a que os administrados têm direito. O conceito de controle, importante aspecto constituinte desses modelos, deve, portanto, ser construído de forma a se moldar nesses objetivos, a fim de que se torne instrumento eficaz de promoção dos fins visados.



## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Agências Reguladoras**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 213, jul/set 2004.

ATHAYDE, José Gustavo. **As Agências reguladoras – independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988**. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, abril de 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Atos Administrativos e Direitos dos Administrados**. 6. ed. São Paulo: RT, 1995.

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. **A moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOTELHO, Fernando Neto. **As Telecomunicações e o Fust**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRUNA, Sérgio Varela. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: RT, 2001.

BUGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHO, Nuno T. P. de. **As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol.2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder *apud*. BOITEUX, Fernando, **Responsabilidade Civil do Acionista Controlador e da Sociedade Controladora**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARIA, Werter R. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e de Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque H. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

FERREIRA, Sergio de Andréa, **Aspectos básicos do moderno direito das fundações de previdência suplementar**, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 172, 1988.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONSECA, José Júlio Borges. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONE, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HOLANDA, Nilson. **Introdução à Economia**: da teoria à prática e da visão micro à macrospectiva. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. Saint Paul: West Group, 1999.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 228, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINDYCK, Robert; RUBILFELD, Daniel. **Microeconomia**. 5. ed. Prentice Hall: São Paulo, 2005.

PINTO JR., Helder Q.; PINTO PIRES, Melissa Cristina. **Assimetria de Informações e Problemas Regulatórios**. Nota Técnica ANP n° 009/2000. Disponível em <[http://www.anp.gov.br/doc/notas\\_tecnicas/Nota\\_Tecnica\\_ANP\\_009\\_2000.pdf](http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_009_2000.pdf)>.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2º volume. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESENDE, Tomás de Aquino. **Novo Manual de Fundações**. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SERPA, Moacir José. **Sociedade Anônima no Brasil: personalização e ingerência externa**. 2003. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Função regulatória. In SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (org). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Regulação de Telecomunicações e Direito da Concorrência**. 2002 (mimeo).

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. Max Limonad, 1999.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.